

SOMMARIO

I Parte

Beata Kosmalska - Marek Ejsmont
Catholic Media in Poland pag. 5

Renato Rolli – Marco Mandato
*Stato democratico-costituzionale e limitazioni
al diritto di elettorato passivo*25

Marek Słomka
*Transcendence of the person in action the Lublin
personalistic school impact to the iusse*75

Pasquale Laghi
*La devoluzione testamentaria in arbitrato
delle controversie ereditarie*87

II Parte

Diego D'Amico
*L'evoluzione del concetto di paesaggio tra
legislazione e giurisprudenza costituzionale*117

Giuliana Gerace
Positivismo giuridico e valori133

Ilaria Guidantoni
*La bellezza nel Mediterraneo,
maschile e femminile nel gioco del potere*153

Nicola Posteraro

*Il comitato etico locale: indagine alla luce
delle recenti modifiche normative159*

Luigi Sposato

La storia processuale di Eluana Englaro179

Maria Franca Talerico

La 'cura' della vita nel rapporto medico-paziente203

I Parte

Catholic Media in Poland

Beata Kosmalska - Marek Ejsmont

SUMMARY: 1. INTRODUCTION. – 2. CATHOLIC MEDIA IN POLAND. – 3. THE LONG HISTORY OF THE RELATIONS BETWEEN THE CATHOLIC CHURCH AND MEDIA. – 4. THE POLISH CATHOLIC STATION.

Keywords: mass media, the Catholic media, the Catholic Church, television, press.

1. One of the aspects of life that one is consumed by is the aspect of the religious life. The mass media in the world show the big interest concerning religion. The media almost every day concerns themselves with religious matters. In the long history of the relations between the Catholic Church and media, the most important part is the part when the significant role of media within social communication was acclaimed. From 1965 after the Second Vatican Ecumenical Council, the Catholic Church celebrates the International Social Means of Communication Day. The Polish bishops emphasise that the press, the radio, the television and the theatre are the powers that might influence humans and societies. From many analyses of media it results that the main aim of the Catholic media is to deliver the valuable, precious messages.

After the Second World War, during communism, the activity of the Catholic Church and its impact on the social life of the citizens was hindered and made difficult for a long time. It was not until cardinal Karol Wojtyła was chosen to be the Pope and his three pilgrimages to Poland when the new era began for the history of the Catholic media in Poland. The modern Church bases its evangelistic message not only on electronic media, but still uses the traditional mass media: the press and the religious magazines. The Catholic Church however, cannot give up on using the newest mass media, because those means help to go beyond the traditional forms of priesthood.

2. One of the aspects of life that one is consumed by is the aspect of the religious life. The freedom of confessing one's religious beliefs and religion, and also the inhibition of any forms of discrimination based on the religious beliefs are also secured in many documents or directives of international law. The right to present one's views and opinions in the mass media is a right that everybody is entitled to act on, and so obviously the Catholic Church and other religious associations, are entitled to present theirs. The relations between the Polish government and religious associations, in terms of access to mass media, are regulated by the laws and agreements between the religious associations and the given entity of the public broadcasting or the given radio entity, and when the relations that include the Catholic Church are to be examined then also the concordats need to be considered.

Some researchers – M. Muggeridge, W. F. Forte or N. Postman – claim that media in modern societies take over the role, which was previously aligned to religion, and that is namely influencing or forming social identity, forming the social values and delivering fundamental ideas to societies. Other researchers – G. Gerbner, L. Gross and M. Morgan – notice the analogy between media and religion in the life's of societies. The substance of the analogy manifests itself in the similarity of performing social functions, and so it is the repeatability of patterns (myths, ideologies, facts, relations), which aim is to define the world and to legitimise the social order¹. The opponents of those mild views emphasise that there is a clear distinction between the media and the religion. A. Dulles claims that, the distinction originates from the nature of the message that the Church wants to convey and the essence of the functioning of mass media. The Church makes known what is old, manifested, complex, multi-faceted and difficult. The Church is promoting harmony and peace; the church is occupied with what is unseen and spiritual. For the media, what is important is what is new, simple, univocal and easy. The media deal with what is seen and thrilling. Fundamentally they are guided by the principle: *good news -no news and: bad news -good news*².

J. Majewski³ suggests, for the interests of the religion-media relation to be described by the help of the three approaches or models. These are namely:

1. The instrumental-transmission model;
2. The ideological model;
3. The cultural model.

The first model claimed that, media are the tools, with which we serve ourselves to accomplish a goal. The media are neither good nor bad, they could be used for good or bad purposes. The crucial point in this feature is indeed who uses the tool. The religious discourse that is presented in media could serve the religion well or it could also be otherwise.

The second model establishes that media as tools are not neutral. Even before they are used they have already served either “a good case” or a “bad case”. The most popular media have got the specific structure, which can only serve the “bad cause”. While the third model, opposes the aforementioned models, as it is claimed that religion and media are not two separate entities. They are the elements of culture, they are not autonomous and they constantly intertwine, influence each other, modify each other and co-create each other, they are related to each other “for good and for bad”.

According to J. Majewski there is not so much statistical research available that would measure the amount of information related to religion or religious information that is present in the Polish media or in the world media, however it could be noticed that regardless of attitudes towards religion or the ideological options the mass media in the world show the big interest concerning religion. The media almost every day concerns themselves with religious matters. The process of the development of interest presented by media concerning religion and religiosity is well presented by the findings of the secular research conducted in the United States at the end of the year 2000. What has been presented in the last three decades of the past century is the regular increase of the amount of the religion-related information in media broadcastings. From the beginning of the 70s until the end of the 90s of the twentieth century the amount of the religion-related information in media increased by 7%, and the amount of television broadcasting concerning religious matters increased by as much as 27%⁴.

In Western European countries, where the public media exists for longer than media in Poland, the religious programmes amount for 1% of the TV offer of public television. In Poland the contribution of the religious programmes equals 2%. In multicultural societies, such as Great Britain, the main public broadcasting (BBC) provides its viewers with religious programmes, but with clear domination of the major religion in Great Britain. The minority religious groups have got their own programmes in the BBC radio stations. The public television also presents the sacred music of the non-Christian minority groups. In France, the public media broadcasts

religious programmes as they are regarded as the form of the compulsory fostering of national heritage. In the Netherlands, where religion is more diversified, the representatives of major religions could be found within the broadcasters and these are namely: the representatives of the Catholic Church, Protestant Church and the Evangelical Church. Apart from the publicists and cultural programmes that are concerned with religion, German public television also broadcast Catholic and Evangelical Holy Masses, and from time to time it also broadcasts the divine services from the Christian religious organisations of the national minorities. While in Austria, Belgium and Switzerland, it has been agreed to present religious programmes within the programme formats of the public broadcasters. In Hungary, religious programmes - broadcasted by public stations amounts to 1.4%, and in the Czech Republic it is only 0.6%. The public TV stations broadcast significantly more religious programmes than private TV stations, apart from the ones that belong to the religious associations or belong to the religious media that hold the status of the social broadcasters. Not all the contents could be placed in the offer proposed by the public broadcasters; therefore the Catholic television per se could be seen as the complement for this kind of media. The private Catholic broadcasters could be characterised by few features and these are namely: the significant presence of the religious programmes and it could be characterised by the publicist, friendly and non-aggressive character of the broadcasted programmes⁵.

J. Majewski analysed the increasing interest of secular media with the religious matters which points out a few causes of this phenomenon:

- The "market" concerning religion is significant and it still rises -the recipients of the media: the listeners the viewers and the readers are religious (they identify themselves with some religion or not belonging to any religion they acknowledge its existence or they do not reject the possibility of its existence-) and mass media competes and fights for the interest of those viewers;
- The people of media are religious-people working in media are conscious and sensitive to the religious matters, and so they try for the delivery of information to reach the viewers.
- There has been the 'aggressive' attitude within religious media towards building the media entities - religious institutions, informal religious groups and private people (noticing the importance of the mass media) invest vastly in forming their own (professional and unprofessional) media.
- There is an increase of the informative value of religion-the creators

of media broadcastings are interested in religious matters, because they noticed their 'informative value'; in other words, their attractive quality for media recipients⁶.

3. In the long history of the relations between the Catholic Church and media, the most important part is the part when the significant role of media within social communication was acclaimed. In the Encyclical (letter) of Pope Pius XII from 1957 one can notice the descriptions of the mass media being regarded as: 'God's gifts' and the 'signs of time'⁷. Currently, the Church regards media as an important factor in the evangelisation process and comes from the point that media should be to serve humanity without any constraints; it should also support the sense of fullness of one's personal development. During the Second Vatican Ecumenical Council media was famously called: 'the means of social communication'⁸. It could be claimed that from the end of the XIX century The Catholic Church clearly goes by with the usage of the new means of communication and the usage of new audio-visual techniques.

The priest A. Dulles⁹ claims, that: "if we would regard the social communication as a process leading to settling and sustaining communion, we could also say that the Church is communication itself-the broad thread of communication, which aim is to extricate people from isolation". In modern times The Church provides the message that as well as Jesus Christ and the Apostles were using those kinds of means of communication that they had the access to in their times. It is an obvious scenario that in modern times people use the means of communication that are accessible for them and attributable for their times. The use of new media makes it possible to teach religious studies effectively and facilitates the upbringing process. In 1977 in Munich the Pontifical Commission for social communications along with the International Catholic Bureau for Cinematography and International Catholic Society for Radio and Television and the International Catholic United Press organised the first convention devoted to audio vision and evangelisation. The possibility to exchange the views and experiences about using the audio-visual means in evangelisation has been created. The representatives of nearly sixty countries took part in the conference. The Catholic Church has at its disposal the newest audio-visual means, with the help of delivered information, which reaches the modern viewer in an effective way.

The attitude of the Catholic Church towards media, three important stages could be noticed and these are namely:

- The first stage is the negation period, "combating" cinematography,

which had been treated as a phenomenon that was violating the socio-cultural status of the Church, threatening the standing moral rules, secularising awareness, the films were thought of as they were often impairing the religious values.

- The second stage associated with further forms of media (radio and television) was characterised with the initiatives, leading to taking the media into consideration within the influences of the Church.
- The important factor characterising the culture-politics of the Church was the Second Vatican Ecumenical Council (1962-1965). It has created an official beginning of seeing Catholicism in a different light. Catholicism started to be viewed as open and willing to be engaged in a dialogue.
- Third stage started after the Second Vatican Ecumenical Council characterised the Church as being open to media, acknowledging media as the new means of spreading the word of religion¹⁰.

From 1965 after the Second Vatican Ecumenical Council, the Catholic Church celebrates the International Social Means of Communication Day. Currently, people who are involved in spreading the word of the Gospel through media are being prayed for during the Holy Mass. The Church acknowledges the means of social media as a needed and effective tool, which could be of service to "The Good" as well as "The Evil". People, who work in media, should spread peace and love. In Poland the World Communications Day is celebrated always on the third Sunday of September. The Polish bishops (following the decree from the Ecumenical Council called "Inter mirifica") emphasise that the press, the radio, the television and the theatre are the powers that might influence humans and societies. The church authorities have long placed attention to the importance of including the topic of different means of communication in the programme of the seminar education for priests.

In modern times, the Catholic Church uses modern techniques of spreading religion. The Gutenberg epoch allowed for the Gospel and The Holy Bible to reach different parts of the World. In 1850 the first back number of a magazine "La Civilita" was published. In 1861 the Pope Pius XI had given the status of the Vatican magazine to the magazine: "L'Osservatore Romano". In Poland (in 1865) the first back number of the Catholic magazine, 'Przegląd Katolicki' was published¹¹.

The interests of the Church, about the development of mass media increased with its popularisation. First and foremost, the attention had been put on the opportunities and the dangers, which the media forms

on the recipients. The Pope Pius XIX in encyclical "About the Christian upbringing of the Youth" from 1929 brought to the attention of the role of film and radio in the upbringing (of Youth) that is possible if the condition of abiding to moral norms is present. The significant role in describing the Catholic studies concerning mass culture played the decree on the media of social communications - "Inter mirifica" - the document from the Second Vatican Ecumenical Council. In 1931, the Vatican radio was set up, which in a short period of time became the element of solidifying the Unity of the Catholic Church. In Poland this mission belongs to "Radio Maryja" radio station. This entity is not only the tool that facilitates the evangelization by the Catholic Church to take place, but it also enriches the spiritual life of its listeners. In 1957, the Pope Pius XII published the encyclical "Miranda prorsus", in which they regarded films, radio and television as the technical inventions, which are God's gifts. The mass media should serve humanity and the Church must pay attention to media, so that they will not become the source of a threat for religion and moral life. Apart from this issue, the Pope emphasised the possibility of using audio-visual media in the mission of the Church. Pius XII was noticing the particular role of television in its influence on religious, cultural, and moral life of families. The Pope also pointed out the negative influence of the contents of information in media on the development of Youth and children. He also appealed for preparing young viewers for interpreting the content of information in television. The problem of educating priests, who meant to be involved in preparing believers for the responsible use of the television, was also pointed out¹².

The role of television in the social life of the modern society has been promptly included in the teachings conveyed by the Catholic Church. In 1954 during the pontificate of Pope Pius XII the Commission for Cinematography Radio and Television was set up. In 1964 Paul VI set up the Papal Commission for the Mass Communication. The centre of the Vatican Television exists from 1981 and three times of the year it broadcasts the different religious celebrations from the Holy See. At the same time the biggest private Catholic TV station was set up called: Eternal Word Television Network (EWTN). The person who set it up was the American Nun, from the Convent of Poor Clares, the Head of Nuns – Nun Angelika (Rita Antoinette Rizzo). At the beginning of 60s of the XX century she was writing the mini-leaflets (the mini-brochures) containing the teachings about religion. The nuns were printing them and delivering them around the world into different countries. Later on, Nun Angelika started to record the context of

her teachings on video and in this way in 1981 from the garage of the modest Convent of Poor Clares, the first Catholic TV studio was set up. At the present time the TV programmes of EWTN reach the millions of people in 140 countries in all of the continents through the satellite and the cable TV. The programmes are broadcasted in English and Spanish. The TV station has got its office in Rome and Pope Benedict XVI regards it's functioning as an important contribution into spreading the Evangel in the World.

John Paul II, when he was addressing something to the people of culture, art and media in Munich in 1980 emphasised that: "The Catholic Church needs this kind of register (ways of communication, choice of the Word), which will be able to prove the Word of God and which will be able to deliver the Word of God, which at the same time will also be a reflection of the "Human word". (...) The Catholic Church is in need of the Image. The Gospel is being expressed in many images and comparisons. The Gospel should be and could be portrayed by the form of images"¹³.

The very important document issued by the *Pontifical Commission* for the *Means of Social Communication* was the document written by John Paul II "Aetatis nova" from 1992. It contained his reflections on the problems in the area of the social communication at the end of one millennium and at the beginning of the other. The instruction put the attention to the role of media in forming and strengthening the interpretation of the sense of human life and their role on impacting on the values and their order perceived by humans. It is in TV, press, and radio broadcasters' hands whether media might become either the opportunity or the hindrance to the human development. Mainly it is about the possibility of manipulation or destroying the traditional values in the area of religion, culture and family, making the priority to the materialistic way of life, creating the virtual reality¹⁴

John Paul II was regarded as a Pope, who consciously created "media events", one of them are general Papal audiences, pilgrimages throughout the world. Apart from that he was a Pope who had a great knowledge of media. In the year 2000 the people who took part in the meeting with the Pope during the World Youth Day created the first Catholic Internet television called: "Papaboys Web Television". In January 2002 in his manifesto John Paul II discussed the ways of functioning of the human in the sphere of the Internet. He acknowledged this means of communication as a new forum for preaching the Gospel. Currently the web pages contain broad and smaller libraries of the religious books, the information about the prominent people of religion, the religious documents and articles.

A. Lepa¹⁵ analyses the relations between the means of mass communication and the modern man claims that it is necessary to take into consideration the thesis about the necessity to educate those who are recipients of media: from one side-those who work in media and from the other-those who are the recipients of media. Religion also needs media, not only for showing and explaining the scandals and conflicts associated with religion, but also to show and explaining the good side of religion and the "Good" that is created in the sphere of religion¹⁶.

In Poland the Catholic Church was most active concerning media during the period of the First World War and Second World War. In 1927, the Catholic News Agency was created and the Agency had 204 recipients until the Second World War started until 1939 when there were 300 religious magazines and they had the circulation of more than 2.5 million issues. Also in 1927, the Polish Radio started to broadcast religious programmes. Probably, the broadcast of the Holy Mass from the Cathedral in Poznań was the first, of its kind of broadcast in Europe¹⁷. After the Second World War, during communism, the activity of the Church and its impact on the social life of the citizens was hindered and made difficult for a long time. It was not until cardinal Karol Wojtyła was chosen to be the Pope and his three pilgrimages to Poland when the new era began for the history of the Catholic media in Poland. After 1989 the normalization of the diplomatic relations between the Holy See and the Polish government started. The concordance in 1993 made it possible for the Church to start being active in media as well as creating its own means of mass media. The magazine "Słowo Powszechne", which existed until 1947 was then transformed into "Słowo - Dziennik Katolicki" in 90s of the XX century and in 1998 it was replaced by "Nasz Dziennik"¹⁸. Currently within the most popular weekly is "Gość Niedzielny". Apart from that it is important to remember that Catholic Universities and some of the Theological Seminaries issue the specialist academic journal.

The breakthrough for the Catholic Church with regards to the scope of access to radio became possible in 1980, when the Holy Mass was broadcasted from one of the churches in Warsaw for the first time. Up until 1989 this broadcast was the only religious type of broadcast in public media. The major quality of radio, within the area of communication is the ability of breaking through the boundaries of space and time. Radio made the equality with regards to receiving information possible. As oppose to the written word, the specifics of radio does not require the ability to read.

Those structures of radio including its easy access and perception are really useful for the evangelic mission of the Church¹⁹.

The important event for the Church was creating the Catholic Editorial Office in the Public Polish TV station. From 1993 the legislation in creating the television changed, which made possible for the Church to broadcasts the programmes in the public mass media, but it also made it possible for the Church to create the private media. At the end of 80's of the XX century the editors in chief of the Catholic programmes in Polish Radio and also the editors in chief of the Polish Television started to create the broadcasts concerning religion (religious broadcasts). In this period there were 17 Radio broadcasts, including 47 Catholic radio stations. The most popular became "Radio Maryja", which exists from 1991, and from 1994 it gained the nationwide coverage. "Radio Maryja" is the entity that was able to create an important social movement called "Rodzina Radia Maryja"²⁰.

4. In the 90's of the XX century, acknowledging the significance of television in terms of delivering messages the Church made an effort to create the TV stations. The first Polish Catholic station was called "Telewizja Niepokalanów". It was created in 1995 by the St. Francis convent and it was dealing with the topic connected to religion and also with social problems. Later on "Niepokalanów TV" transformed itself into "TV Puls". It was broadcasting mainly religious programmes, but also publicist programmes, documentaries and feature films. From 2009 "TV Puls" started to transform into the regular TV station concerning the general topics, and it stopped broadcasting the Catholic programmes. In 2003 the "Trwam TV" was set up, characterized as the Catholic-national. It is financed mainly from viewer's donations and listeners of "Radio Maryja" and readers of "Nasz Dziennik". The TV does not have the public broadcaster status and so it can broadcast the commercials what provides an additional source of funding. The station broadcasts religious programmes (Holy Masses, Divine services and the Prayers) and publicist programmes, news broadcast, cartoons, TV series and feature films. In 2007 the channel called: "Religia TV" was set up in the commercial TV station "TVN". It was in collaboration with "Tygodnik Powszechny" and from 2015 it broadcasted programmes and films concerning mainly the Christian values and also broadcasts aimed at explaining different religions in the world. The most popular was the daily interactive programme called: "Rozmównica".

Vital not only for the "religious media" was setting up the Catholic News

Agency (In 1993), which was associated to the Catholic Press Agency (which existed between 1927 -1939, the abbreviation In Polish "KAI")²¹. Creating KAI was the form of response to the crisis in relations between the Church and media, which existed in 1989. Its main purpose was and still is, breaking the barrier of silence around the entire topic of the Church and making the place for the religious information in the stream of information, which is being delivered to millions of Poles. The idea associated with creating the agency was coming out from the assumption that in the more and more diverse the media market it is necessary for such institution to exist, which in a professional way would inform media about the recent activity of the Church and about the stance of the Church on many matters, and at the same time it would also create a dialog with media. At the present time KAI is the second biggest religious agency in Europe, it is also the first and the biggest in the area of Central and East-Central Europe. In the Polish media market it is the main source of information for the journalists. Everyday information services of KAI prepared by the journalists specialized in the religious broadcasting, are being delivered through the Internet or the satellite transmission to almost every biggest editorial office in Poland. They are being used by the press as well as by the different broadcasters and TV stations. Due to more than 50 national and foreign correspondents all of the important events of the Church are noted, updated within the short period of time from the information being received. KAI has got more than 150 press recipients out of, which there are the editorial offices from the nationwide TV and radio media station and also the nationwide daily magazines. KAI's role is also to serve as a basis for the news (as basic information) for the most important titles of the Catholic press and also Catholic radio broadcasting and TV broadcasting. Within KAI's list of responsibilities there is also marketing (advertising) of the Church, in the form of press conferences and the meetings with the press, touching upon specific issues. What is interesting is the vital role played by the systematically organized press conferences by the agency, which are being organized along with every important religious event in Poland. Due to that it was made possible for the agency to form a stable relationship with the journalists, who are specialists in the area of the broadly understood topic of religion, working in the most opinion-forming Polish media. Those journalists are being informed directly about the stance of the Church on many particular matters.

The agency has got the guaranteed, fixed time of broadcasting in the news service of the Vatican Radio containing the most daily news from the life of the Church. The agency is also in charge of preparing the special audio service

called "audioKAI" it is the professional offer aimed at the Catholic Radio broadcasters and also for the broadly understood secular media, who edit the news service within their own range. "AudioKAI's" service offer will allow to broaden the diversity of programmes media stations are providing the audio materials about the Church in Poland and in the World. KAI prepares the single news, ready information, which can be broadcast directly. Every month in the KAI audio service there are 300 sounds published, which portray the most important and the most interesting events, concerning religious matters. The next service provided by the Agency is the photographic service called "fotoKAI". In its database there are more than 65000 photos portraying the religious, social and cultural life and the religious architecture. The agency also collaborates with the German photo agency "KNA-Bild", which allows the access to its archives, there is also collaboration with the photo agency called: "East News". The photos included in the Agency could be searched by: the series containing the specific events, the key words or by the date. The clients of the "fotoKAI" are the Polish press and the international press and also book publishers. The agency issues the weekly news bulletin called: "Wiadomości KAI". It is subscribed by 4.5000 the parishes in Poland. Similar amount of subscribers belongs to the weekly paper-poster kind of entity called "Z życia Kościoła", which is marketed in parishes' showcases, which presents the most important news of the past week. For many years the editorial staff and the clients also use the Internet. In the year 2000 there was a new service set up called: "e.kai.pl". It is the composition of the most important information about the Church and it is being updated every day of the week²². Kai became the second largest religious agency in Europe and also the first and the biggest in the area of East-Central Europe. It is the source of more than 75 % of religious information included in the Catholic press and it is the main base of the information about the Church for the Polish radio, TV and nationwide media²³.

In 1997, the Public Polish TV established the Ecumenical Editorial Office, which aimed to include religious programmes, which are different from the Roman Catholic. Part of the duties of the public television that meant to be devoted towards the Catholics are being "taken over" by editorial offices from the Catholic regional offices, which broadcast their own religious programmes. Some of them also broadcast the Holy Masses from the local churches. This accounts for the important addition to the offer of the main provider on the Polish market of TV broadcasters: Polish Public Television Station (TVP).

The Church in Poland as well as secular movements very often react

on the inappropriate content of the TV programmes broadcasted by the public and private TV stations. Letter of complaints directed to the organization called: "KRRiT" concern mainly the acts of violence and aggression or also immoral scenes, found in the content of the broadcasts. From the 90s of the XX century the all Polish Committee For The Catholic Movements once in a year announces "the white week", during which the Catholics should limit watching television and devote their time to spend it with their family and on reading the books²⁴.

Polish Catholic Church within the scope of its activity also uses the Internet. The web pages became the stable tool of information and communication with the believers of the dioceses, parishes, sanctuaries, seminaries, publishing houses and many different other religious organizations. The most popular Catholic portal is "Opoka", which was set up in 1999. One can find information about important events of the Church, pastoral initiatives, meetings, concerts and multi-media materials about themes of evangelization.

The modern Church bases its evangelistic message not only on electronic media, but still uses the traditional mass media: the press and the religious magazines. The exact number and the circulation of the published Catholic magazines are not known. The sociologists, who collaborate with the Church estimate that the overall edition of the Catholic press, does not exceed 1 million copies and the circulation of the diocesan weekly and biweekly and nationwide magazines is about 500 thousand copies. The editorial Catholic offices do not always reveal the amount of the editions or they show the data that is not entirely credible. The total circulation of the Catholic press amounts to almost 1.5 million copies, which amounts for 2% of the circulation of the entire press in Poland. In comparison, in 1936 there were 1999 Catholic magazines published with the total circulation of 2.4 million copies, which amounted for 27% of the editions of the whole periodicals²⁵. In the sections of daily newspapers, the Catholic press is represented by "Nasz Dziennik", which average amount of readers is estimated to be 176,000, which gives it the 7th place in the rankings of the most readable daily newspapers, after those newspapers such as: "Gazeta Wyborcza", "Super Express", "Rzeczpospolita", "Dziennik Sportowy", "Sport" i Trybuna". On the other hand, when it comes to popular magazines there are nearly no Catholic magazines²⁶. Apart from the mainstream newspapers there are nearly a thousand active local newspapers, published by parishes.

According to M. Wielek, the published Catholic magazines could be divided in accordance with criteria of their geographical range as well

as in accordance with the relationship between the broadcasters and the Church, and these are namely:

- The press that is published under the patronage of episcopacy and the particular diocesan curiae with the nationwide reach.
- The press published under the patronage of episcopacy and diocesan curiae with the regional reach, being divided into 2 subgroups:
 - The press addressed to the whole community of believers
 - The press addressed to the clergymen.
- The religious press within the nationwide reach.
- The religious press with the regional scope.
- The press of the different groups of the Catholics who wants to stay secular, that is published by the entities, which have the approval of the Church (they also have the nationwide reach).
- The press of the different groups of the Catholics who wants to stay secular, that is published by the entities, which have the approval of the Church (with the regional and also smaller reach)²⁷.

The analyses that are being done by the Catholic and also secular research organisations emphasise the contrast between the mass scale of the religious cults and juxtapose that with exceptionally small engagement in the life of Catholic organisations and socio-religious organisations and also with the low reading level of the religious magazines amongst believers. The vital magazine for the mature readers is "Gość Niedzielny", the nationwide Catholic magazine published in Katowice from 1923. The magazine collaborates with "Górny Śląsk" nevertheless in every issue there are local diocesan additions. "Gość Niedzielny" is the opinion-forming magazine containing strict (conservative) Catholic opinions. The weekly touches upon religious topics, but discusses also ethical, social, political, economic and medical issues it also offers its readers series of coverage and religious instructions. "Gość Niedzielny" is available from the newsstands, from the largest chain of bookshops in Poland "Empik" and from Churches. Its circulation is one of the highest newspaper circulations within the weekly, opinion-forming newspapers (It is between 180 and 200 thousands of copies), and the average sale of every issue is about 130 thousand of copies and its maintained by the organization called: "Związek Kontroli Dystrybucji Prasy". From the idea of "Gość Niedzielny" derived the monthly called: Mały Gość Niedzielny destined for children and youth²⁸.

"Niedziela" is the second oldest, in comparison with "Gość Niedzielny", nationwide Catholic weekly in Poland. It is published, with some breaks,

from 1926 in Częstochowa initiated by bishop T. Kubina. At the beginning it was the diocesan magazine, however after The Second World War it started to be issued as the nationwide weekly. The first issue of "Niedziela" was published on the 4th of April 1926. At that time the editor-in chief of the magazine was priest W. Mondry, whereas in 1937 the editor-in chief was priest S. Gałązka. From 1928 to 1937 the magazine was published under the name: "Kalendarz Jasnogórski". Many issues touched upon in the magazine at those times are also valid until the present day. Out of many, they concern the important social issues, such as: alcoholism or homelessness. During the period of the Second World War the magazine stopped being published. The reopening of its publishing was possible in 1945. In 1953 the publishing of the magazine was put off and it was published again not earlier than from the 7th of June 1981. Due the fact that the state of war was established in Poland in December 1981, the weekly "Niedziela" disappeared for a short period from the reading market, specifically from the 21st of March 1982. From 2011 every issue of the magazine has the addition in the form of the magazine for youth called: "Niedziela Młodych", in which there is a proposition to engage in important topics, interesting for the readers (issues concerning faith, and school matters)²⁹.

The Catholic magazines for the young people do not have such long history, in comparison to the ones directed to adults. One of the longest published ones from 1975 is the monthly "Miłujcie się". It is published in Poznań by AGAPE publishing company, which belongs to the Society of Christ. It is one of the most prominent magazines for the Youth in Europe. The Polish edition is being distributed with the amount of 220 thousand of copies. The magazine is also published: in English (Love One Another)-50 thousand copies; in Russian (Liubitie Drug Druga) 100 thousand copies; in Slovakian (Milujte Sa!) 50 thousand copies; in Hungarian (Szeressetek egymast!) 20 thousand copies; in Romanian (Iubiti-va!) 20,000 copies. The main task of the paper "Miłujcie się" is forming the Christian attitudes in Poland basing them on the ground of the social, idea of the crusade of love, started by primate A. Hlonda and put in writing by primate S. Wyszyński. The editorial staff notice the need of showing to the Catholic Youth the alternative to the destroying the mental health and shrinking spirituality the teenage magazines, such as: "Bravo" or "Popcorn", which at the beginning of 90's filled the niche newspaper market for teenagers. The editorial stuff got to realize that the decision about the need to have this kind of alternative proved right in a short period of time when the

market for the magazine started to raise, what obviously was also rising was the circulation of the biweekly. Having in mind the need of evangelization, which transformed into "Katolicki Dwumiesięcznik Ewangelizacyjny", having within its scope of readers also those who left the Catholic religion or those who have never heard about the religion. The initiative of the editorial staff of the magazine was also to form the association called "Ruch Czystych Serc Małżeństw", which gathers those who desire to live by the rules of the Evangel. The magazine also promotes the movement called: "Ruch Wiernych Serc", the crusade of the prayers in the intention to pray for: the marriages under threat of the break-up, spiritual adoption for the conceived child under threat of abortion and for the priests (good priesthood) - the so called: "Margaretka"³⁰.

The next vital Catholic magazine for the young people is the biweekly "Nasza Droga". It is addressed to the Catholic Youth and it concerns social topics, such as: patriotism, starting a family, it also includes the sections devoted to: the history of Poland and the Church and also the section describing the personal experiences of miracles³¹. The magazine, for which there is a stable amount of young readers is the Catholic, monthly: "Wzrastanie", which was set up in Tarnów in November 1986 in the circle of priests and lay men and it is associated by the diocesan ministry of Youth, whose leader is bishop W. Bobowski. During those years he was also the chairman of the episcopacy sub-commission for ministry Youth Affairs, raised later to the rank of the commission. The inspiration for the founders of this commission was the famous historical "List do Młodych całego Świata", written by John Paul II on the 31st of March 1985. As well as the title and the program of the newspaper, containing the values, was inspired by the very first of those kinds of letters in the history of the Church and it was also enriched with the contents of the second letter issued, (the same kind of letters) published by John Paul II every year of his pontificate. The monthly is amongst many Evangelic initiatives, directed to the Youth inspired by John Paul II. The magazine was published in Tarnów for few years, and from 1990 it is published in Brzesk. Due to the fact that the commission gathered for the matters concerning youth was closed, the publisher was also changed and the new publisher was made to be the Society for Promoting Development of Youth, "Wzrastanie" and from the 1st of July 2008 the publisher of "Wzrastanie" is the publishing company called "GOTÓW" of the Catholic Youth Society. The magazine compiled a team of the priests, catechists, pedagogues and also professional journalists. The

monthly is directed to the youth, starting from the students in gymnasiums, its aim is to advise them about the choice of the higher courses or the life path, it is also a guide for those seeking jobs, sometimes for those with tough living conditions (also for those being abroad). The magazine touches upon the current social topics relating to the customs of the Polish country and those connected to Christian religion and also topics connected to Global and Polish history. It also describes testimonies from the voluntary works or from the missions, as well as information from the area of music or TV also interesting details about tourism and sightseeing, disputes, provocations, texts concerning different passions, friendship and love and also tests and exercises for learning English. In November 2006, the magazine was awarded a price from the Catholic Press Association³².

One of the difficulties faced by the Catholic press in Poland is caused by not always effective distribution, or the lack of the habit of reading. There is however another significant reason for those problems: the requirements posed by this kind of press. The Catholic press is referring to people's moral sense, it asks questions, which are difficult to answer for many, taking this into consideration the reader does not use it frequently. This kind of press is not the press that offers pleasure, comfort or entertainment. The Church however, cannot give up on using the newest mass media, including also the press, because those means help to go beyond the traditional forms of priesthood. The Catholic press is sort of in the opposition to the lay or libertine press directed against the ideal fundamental Catholic idea of life, against the traditional customs. Polish public media as well as the commercial media are connected to the political, power or ideological affairs, whereas they do not serve the human, and this (from the nature of their origin) should be their aim. The mainstream media are also not interested in the matters, such as the moral revival of the society, forming the patriotic attitudes, protection of life from conceiving it to the natural death or caring about the "healthy" family. Catholic press very often draws from the authority of the Pope, includes his messages, documents, speeches on the topic concerning the family and their interpretations. From many analyses of media it results that the main aim of the Catholic media is to deliver the valuable, precious messages. Taking into consideration the usage of all the available media by the Church it could be claimed that 'the current media became the new pulpits for the Religions (Churches), without which it would be difficult to reach the believers'³³.

NOTE

¹ Por. J. Majewski, *Religia, media, mitologia*, Słowo/obraz terytoria, Gdańsk 2010, p. 9.

² Ibidem, p. 32.

³ Ibidem, p. 54-59.

⁴ Ibidem, p. 13-14.

⁵ B. Ociepka, *Czy telewizja publiczna jest wierząca?* in E. Kossewska, J. Adamowski (eds.), *Media wyznaniowe w Polsce 1989-2004*, ASPRA-JR, Warszawa 2004, p. 78-83.

⁶ Ibidem, p. 14-25.

⁷ Pius XII, *Miranda prorsus*. Encyklika o kinematografii, radiu i telewizji z 8 IX 1957, in F. Adamski (ed.), *Kościół a kultura masowa*, Wydawnictwo Apostolstwa Modlitwy, Kraków 1984, p. 237-239.

⁸ M. Sokołowski, *Kościół, kino, sacrum. W poszukiwaniu definicji filmów o tematyce religijnej*, Kastalia, Olsztyn 2002, p. 12.

⁹ A. Dulles, *Teologia epoki audiowizualnej*, in *Znak*, Vol. 217-218, 1972, p. 932.

¹⁰ M. Sokołowski, op. cit., p. 21.

¹¹ J. Chrapek, J. Góral, *Zarys ważniejszych wynalazków z dziedziny masowego komunikowania oraz wypowiedzi Kościoła na temat środków społecznego przekazu*, in J. Chrapek (ed.), *Kościół a środki społecznego przekazu*. Pallotinum, Warszawa 1990, p. 197.

¹² J. Chrapek, *Kościół wobec środków społecznego komunikowania*, in *Ethos*, Vol. 8, 1989, p. 235.

¹³ M. Miller, *Dziennikarstwo według Jana Pawła II*, Fronda, Warszawa 2008, p. 79.

¹⁴ Jan Paweł II, *W służbie przekazu Ewangelii dzisiejszemu światu*, in *L'Osservatore Romano* (Wyd. polskie), Vol. 6, 1992, p. 48.

¹⁵ A. Lępa, *Kościół w epoce mediów masowych*, in *Chrześcijanin w świecie*, Vol. 1, 1992, p. 183-184.

¹⁶ J. Majewski, op. cit., p. 46-47.

¹⁷ J. Myśliński, *Kalendarium polskiej prasy, radia, telewizji*, BEL Studio, Warszawa 2004, p. 140.

¹⁸ Ibidem, p. 151.

¹⁹ T. Zasępa, *Radio w moralno-religijnej służbie człowiekowi*, in *Przegląd Uniwersytecki*, Vol. 1-2, 1990, p. 15-16.

²⁰ J. Myśliński, op. cit., p. 160.

²¹ G. Łęcicki, *Media katolickie w III Rzeczypospolitej (1989-2009)*, in *Kultura-Media-Teologia*, Vol. 2, 2010, p. 112.

²² <<<http://www.e.kai.pl>>> 23.04.2016.

²³ J. Majewski, op. cit., p. 23.

²⁴ Ibidem, p. 86.

²⁵ J. Mariański, *Kościół katolicki w Polsce a środki społecznego przekazu*, in W. Zdaniewicz, T. Zembrzusi (eds.), *Kościół i religijność Polaków 1945-1999*, Instytut Statystyki Kościoła Katolickiego, Warszawa 2000, p. 52.

²⁶ <<<http://www.pbc.com.pl>>>14.05.2016.

²⁷ M. Wielek, *Polska prasa wyznaniowa*, in E. Kossewska, J. Adamowski (eds.), op. cit., p. 27.

²⁸ Ibidem.

²⁹ L. Dutkiewicz, *Historia 'Niedzieli' lata 1926-1953*, <<<http://www.niedziela.pl/artykul/2812/Historia-lata-1926-1953>>>08.05.2016.

³⁰ <<http://www.milujciesie.org.pl/pg/pl/o_nas/o_nas.html>>04.06.2016.

³¹ <<<http://www.droga.com.pl/o-nas/>>>12.06.2016.

³² <<<http://www.wzrastanie.pl/?>>>03.06.2016.

³³ E. Kossewska, J. Adamowski, *Od redaktorów*, in E. Kossewska, J. Adamowski (eds.), op. cit., p. 8.

Stato democratico-costituzionale e limitazioni al diritto di elettorato passivo

Renato Rolli e Marco Mandato***

SOMMARIO: 1. PREMESSA – 2. STATO DEMOCRATICO E PARTECIPAZIONE POLITICA – 3. L'ELETTORATO PASSIVO TRA REGOLA ED ECCEZIONI – 3.1 LE INELEGGIBILITÀ – 3.2 LE INCOMPATIBILITÀ – 3.3 LA CONVERSIONE E RIDUZIONE DELLE CAUSE DI INELEGGIBILITÀ SOPRAVVENUTE IN INCOMPATIBILITÀ E LA DECADENZA DAL MANDATO – 3.4 LA NON CANDIDABILITÀ – 4. CONCLUSIONI

1. Nel presente lavoro si avrà modo di esaminare tematiche di sempre stringente attualità legate alla partecipazione politica di un *cives*¹ all'interno di uno Stato democratico costituzionale improntato ai principi dell'egualianza formale e sostanziale², della rappresentanza politica e in campo politico³, del diritto di voto e dell'intermediazione dei partiti politici intesi tradizionalmente come privilegiati strumenti di intermediazione e di collante tra lo Stato apparato e lo Stato comunità. Ci si riferisce alle limitazioni previste per la presentazione delle candidature agli organi legislativi rappresentativi nazionali e locali e alla sussistenza di ipotesi e fattispecie impeditive a ricoprire e mantenere cariche autoritative pubbliche al livello parlamentare e governativo. Le limitazioni all'elettorato passivo, come si avrà modo di vedere, rispondono sia all'esigenza di salvaguardare l'elettorato da pressioni e influenze che potrebbe subire nell'esercizio del diritto di voto sia di tutelare il prestigio, l'onore, la trasparenza e l'imparzialità delle Assemblee parlamentari, locali e le istituzioni governative dalla presenza di soggetti che non posseggono i requisiti di natura giuridica e morale necessari per espletare le funzioni di pubblico interesse sottese all'esercizio di funzioni pubbliche. Infatti, nell'e-

esercizio di funzioni pubbliche – elettive e non – occorre che coloro i quali agiscono nell'interesse generale tengano comportamenti deontologicamente corretti tale da nullificare gli spazi di potenziale commistione tra gli aspetti collettivi e quelli parziali. In questa logica gli articoli 54 e 97 Cost. i quali rispettivamente impongono che l'esercizio di funzioni pubbliche avvenga con disciplina e onore e che i pubblici ufficiali siano al servizio della Nazione, si pongono in linea di continuità con i principi sottesi all'azione amministrativa in quanto "costituiscono [...] la proiezione diffusa dei principi di imparzialità e di buon andamento che l'art. 97 pone all'amministrazione in senso oggettivo. Essi diventano in questo modo la leva di comportamenti virtuosi non solo perché improntati a un contegno di cautela e di 'rigore', ma anche perché attivamente 'performanti', cioè ispirati a criteri di responsabilizzazione efficiente del singolo agente"⁴.

A partire da queste brevi e sintetiche considerazioni, si cercherà di illustrare, seppur brevemente, il legame tra la forma di Stato democratica⁵ e il concetto di partecipazione politica la quale ultima è espressione del coinvolgimento attivo e diretto dei componenti la comunità politica al governo del regime politico⁶ della *res publica*. In seguito, si avrà modo di esaminare le ragioni sottese alla previsione di cause di ineleggibilità, incompatibilità e non candidabilità attraverso il fondamentale contributo offerto dalla giurisprudenza costituzionale per poi esaminare, più nello specifico, le singole figure tese a impedire la partecipazione politica al *certamen* elettorale indagandone le *rationes*, i presupposti e gli effetti ad esse sottese.

Infine, si effettuerà una breve analisi conclusiva sul regime normativo attualmente vigente in materia di elettorato passivo segnalandone criticità e problematiche nell'*intentio* di suggerire una razionalizzazione e accurata sistematizzazione delle fattispecie che, precludendo l'esercizio di un diritto politico, ledono e compromettono la piena concretizzazione di una libertà fondamentale.

2. La principale manifestazione della partecipazione politica in uno Stato democratico è quella del coinvolgimento del cittadino al procedimento elettorale idoneo a formare gli organi rappresentativi della comunità politica. Per questo, i concetti di elezione e democrazia sono profondamente connessi poiché sostenere che il governo del Paese si forma mediante elettività non vuol dire altro che le strutture pubbliche, preposte all'esercizio dei poteri autoritativi, hanno alla base del proprio potere

un carattere democratico, consensuale e legittimato dal voto popolare. L'intero procedimento elettorale, ancorato ad una logica di democraticità, rappresenta quel metodo per mezzo del quale il corpo elettorale è posto in condizione di scegliere discrezionalmente i propri governanti. Questo presuppone, ovviamente, un contesto politico-sociale il più possibile libero e una ripetizione frequente delle elezioni⁷. I termini democrazia ed elezioni si equivalgono. L'uno presuppone l'altro. Entrambi vanno sviluppati in una relazione di interazione e di reciprocità. Le espressioni concettuali quali elezioni e democrazia sottintendono ognuna di esse il carattere della collegialità e della *partecipazione* del popolo sovrano agli affari della *res pubblica*, alla formazione e all'esercizio del Governo per il perseguimento di finalità generali. Ecco, allora, che si individua un ulteriore corollario tra elezioni e democrazia. L'elezione, come atto di costituzione degli organi diretta espressione della sovranità popolare, rafforza e alimenta costantemente il principio *partecipativo* e democratico come "ideale e criterio di legittimazione politica"⁸.

Tutto questo può essere facilmente intuibile considerando che la parola democrazia assume il significato di governo del popolo e di partecipazione alle decisioni. La democrazia moderna, quella rappresentativa, richiede un costante coinvolgimento dei governati all'esercizio del potere di governo. Per questi motivi, l'elezione si configura come uno strumento avente sostanzialmente una finalità teleologica, atta, cioè, a ribadire con forza il carattere democratico di un regime politico. Mentre la democrazia è il fine, l'elezione sarebbe il mezzo per attribuirle vitalità, contribuendo a veicolare la volontà elettorale e dare piena linfa al principio della sovranità popolare affermatosi nel corso del tempo⁹ e a istituzionalizzare il potere¹⁰.

È la partecipazione politica al fenomeno elettivo che contribuisce a rendere legittimo e legittimato un ordinamento giuridico e l'intero complesso dei pubblici poteri i quali ultimi vengono costituiti attraverso un regolare e libero esercizio del diritto di voto. Il consenso sulla legittimità e validità di un sistema giuridico e di un regime politico presuppone una comunità di eguali e liberi ove il potere politico non abbia basi autoritarie, ma consensuali. *Partecipative*. Quindi elettive. Ritorna il senso dell'elezione come veicolo di legittimazione, legittimità e autorità del potere politico che presuppone libertà, eguaglianza, *partecipazione* e consenso. La legittimità e la legittimazione del potere politico devono, però, trovare frequenti e cicliche conferme per mantenere questa base consensuale. Per cui, perché un regime politico sia legittimo (e legittimato) occorre che esso si nutra del

consenso periodico degli individui attraverso la *partecipazione* elettorale. La legittimazione ‘politica’ è quella che ruota intorno al consenso di coloro che fanno parte di una comunità sociale e politica e alla situazione di potere di cui è titolare lo Stato senza che questo debba far ricorso all’uso della forza.

Il substrato ideologico che caratterizza la democrazia rappresentativa è quello della piena affermazione dei diritti di libertà i quali non solo vengono consacrati nelle Carte costituzionali rigide, ma ricevono adeguata tutela giurisdizionale da parte di funzionari pubblici che agiscono in maniera autonoma e indipendente. Alla base dello Stato democratico stanno i precetti solenni e universali dell’eguaglianza e della pari dignità dell’uomo senza alcuna forma di discriminazione politica, sociale, economica. L’eguaglianza si accompagna all’idea di libertà, caratterizzanti le dinamiche sottese alla rappresentanza politica e alla *partecipazione* attiva e passiva al procedimento di costituzione degli organi elettivi. La centralità della persona comporta la trasposizione della titolarità della sovranità dalla Nazione al popolo titolare dei diritti politici¹¹, una sovranità che deve esercitarsi nei modi e nei limiti previsti dai testi costituzionali¹². Un ulteriore carattere discrezionale dello Stato democratico è l’applicazione della regola di maggioranza intesa non solo come tecnica di assunzione delle decisioni¹³, ma anche come principio alla base dello stesso procedimento elettivo che favorisce una più stringente *partecipazione* del corpo elettorale atta a costituire “una modalità di distribuzione e di impiego del potere politico, sul come si organizza il governo collettivo, su come viene ad incidere sui rapporti tra corpo elettorale, rappresentanza ed Esecutivo e quindi sul funzionamento della forma di governo”¹⁴. Suddetta regola “serve, in principio per decidere, non per eleggere. Poi, per l’influenza del modello Westminster, diviene anche regola per eleggere”¹⁵. In questa duplice versione, il principio di maggioranza assume una diversa veste consentendoci di ampliare gli ambiti di utilizzo. Esso diventa procedimento e metodo che consente di distinguere due ulteriori ‘forme’ di democrazia: quella non maggioritaria e maggioritaria¹⁶.

“È nei partiti che si preparano i cittadini alla vita politica e si da essi di esprimere organicamente la loro volontà, è nei partiti che si selezionano gli uomini che rappresenteranno la Nazione nel Parlamento”¹⁷. Questa frase, dovuta a Costantino Mortati, spiega bene cosa sia un partito politico e quale sia la sua funzione all’interno di un regime politico di natura democratico-pluralista. Il partito politico è certamente uno degli elementi costitutivi della moderna forma di Stato democratico in quanto, consentendo la partecipazione e il coinvolgimento attivo dei cittadini,

ne costituisce non uno dei collanti, ma il collante, la cerniera, il mezzo principale che funge da collegamento tra il complesso dei pubblici poteri e la globalità dei cittadini all'interno di un dato ordinamento¹⁸.

Il partito politico si presenta come un'organizzazione stabile e organizzata, elemento indefettibile di una forma di Stato democratico improntata ai principi del pluralismo, della *partecipazione* e competizione politica¹⁹. Come elemento fondamentale e "vitale per la dinamica politica"²⁰ e per l'essenza della forma di Stato democratica, il partito politico, oltre a rafforzare la vita democratica di un Paese, costituisce il mezzo attraverso il quale mira a favorire un rapporto stabile ed efficace tra sovranità popolare²¹ e istituzioni rappresentative²², consentendo, altresì, al cittadino, di concorrere all'esercizio dei diritti politici in un'ottica *partecipativa*. La parola chiave per individuare l'essenza del partito politico è proprio quella di consentire la *partecipazione* del cittadino oltreché all'esercizio dei diritti di natura politica, ma anche alla vita collettiva dello Stato in funzione di assumere la titolarità di cariche rappresentative e di governo per la cura di finalità generali²³. Identificato il partito politico con la partecipazione sembra opportuno soffermarsi su un concetto oggetto di svariati studi di natura politologica-sociologica. Presupposto che la *partecipazione* individua la posizione e il ruolo che un individuo ricopre nella società e nei gruppi sociali per concorrere all'esercizio del potere politico e al governo della cosa pubblica²⁴ e che la "partecipazione regolata [è] indispensabil[e] per mantenere ed implementare i principi ed i valori di ordinamenti che si definiscono di democrazia pluralista e sociale"²⁵, essa costituisce una spia dell'affermarsi del principio di sovranità e della trasformazione della funzione di rappresentanza da quella vincolata a quella fiduciaria come conseguenza dell'estendersi dei diritti politici e dei fenomeni associativi. La *partecipazione politica* strettamente intesa avviene attraverso una pluralità di modalità, prassi, forme, modi e comportamenti che, con diversa intensità, favoriscono una commistione tra l'aspetto individuale e collettivo attraverso gruppi, istituzioni e associazioni dando concretezza ai moderni istituti delle democrazie occidentali e pluraliste²⁶.

La partecipazione per mezzo dei partiti mette in risalto l'elemento collettivo e di gruppo, quello dell'organizzazione di massa come nuovo strumento di riaffermazione della sovranità popolare, ma soprattutto di legittimità e legittimazione dell'azione dei pubblici poteri. La *partecipazione* per mezzo delle associazioni partitiche si muove nell'ottica di un'interazione eguale e solidale²⁷ con i membri della collettività nell'ambito di una

funzione di incorporazione favorita dallo stesso partito politico il quale, agevolando il raggruppamento degli individui intorno a un sostrato ideologico, ne favorisce l'unità e ne orienta l'azione verso finalità generali. È proprio l'associazionismo una delle modalità e varianti per far sì che i cittadini possano influenzare la politica nazionale e, muovendosi sui binari del pluralismo e della competizione intrapartitica, contribuiscono a rendere funzionale il circuito democratico e a determinare i fini generali dello Stato²⁸ *partecipandovi*. La *partecipazione politica* si eleva perciò a “parola-bandiera che indica la riappropriazione del potere dal parte dei cittadini”²⁹ e che di fatto fonda il coinvolgimento moderno della rappresentanza politica per mezzo dei partiti i quali favoriscono in modo diretto e indiretto l'integrazione dei cittadini. Mentre la partecipazione indiretta è quella che si snoda più precisamente per mezzo della partecipazione al processo elettorale e nell'esercizio del diritto di voto, quella diretta è improntata a un principio di codecisione favorendo il coinvolgimento attivo e diretto dell'individuo attraverso la candidatura e l'assunzione di funzioni di natura parlamentare o governativa. La *partecipazione politica* si declina nel prendere parte e nell'essere parte di un corpo unitario il quale, in un'ottica di uguaglianza e solidarietà reciproca, si organizza in partiti favorendo l'assunzione personale delle decisioni pubbliche³⁰.

3. L'elettorato passivo inerisce alla possibilità da parte di coloro che sono titolari del diritto elettorale attivo di presentare la propria candidatura e di concorrere alla formazione dell'indirizzo politico del Paese in modo attivo e diretto in condizioni di eguaglianza³¹ e di pari opportunità³². Il diritto elettorale passivo rappresenta un'ulteriore manifestazione del principio della sovranità popolare e della *partecipazione politica*, traducendosi nella “capacità giuridica di presentare la propria candidatura elettorale”³³, nella eleggibilità alla luce della titolarità del diritto elettorale attivo e nell'assenza di requisiti negativi che ostano alla candidatura e all'esercizio delle funzioni pubbliche³⁴ e quindi nel cd. *ius ad officium*³⁵. L'elettorato politico passivo altro non sarebbe che un'estrinsecazione della libertà personale³⁶ e la concretizzazione della partecipazione al governo della cosa pubblica tipica di un ordinamento democratico-costituzionale nei modi e nei limiti previsti dalle Costituzioni e dell'accesso agli uffici pubblici e alle cariche elettive secondo i requisiti³⁷ – positivi³⁸ e negativi³⁹ – previsti dal legislatore⁴⁰ i quali devono essere uniformi su tutto il territorio nazionale⁴¹. Spetta alla Costituzione delineare “quali diritti, quali valori e quali elementi

del sistema giuridico devono considerarsi giusti e condivisi⁴² a tutela dei quali si giustificano restrizioni e limitazioni a diritti fondamentali per la salvaguardia di preminenti interessi pubblici. Nell'attribuire alla legge la prerogativa di dettare i requisiti di accesso ai pubblici uffici e alle cariche elettive, si pone il problema di stabilire quanto sia ampia la discrezionalità legislativa; infatti, è necessaria una proporzionalità tra i requisiti richiesti e l'ufficio o la carica che si va a ricoprire, la quale deve ricollegarsi a un interesse pubblico costituzionalmente riconosciuto. Vanno, in pratica, bilanciati il diritto di elettorato passivo e la necessità che l'impiego pubblico debba essere ricoperto da chi abbia i requisiti necessari e adatti per espletare le funzioni di interesse pubblico che ad esso si connettono: alla discrezionalità legislativa deve accompagnarsi la ragionevolezza⁴³. E così, le restrizioni⁴⁴ al diritto di elettorato passivo sono ammissibili "soltanto nei limiti strettamente necessari alla tutela di altri interessi costituzionalmente protetti e secondo le regole della necessità e della ragionevole proporzionalità"⁴⁵ e che, in base ad una valutazione sì discrezionale, ma ragionevole⁴⁶, sovrasta il diritto a ricoprire cariche elettive e impieghi pubblici.

Emerge, da quanto detto, il portato garantista⁴⁷ della riserva di legge⁴⁸ la quale si presenta come "strumento privilegiato di conformazione dei diritti costituzionali [...]" e ad un tempo strumento per veicolare nell'ordinamento gli orientamenti e gli obiettivi fondamentali della costituzione, e per vincolare allo sviluppo di questi il legislatore parlamentare⁴⁹. La riserva di legge va a definire i confini della discrezionalità legislativa: se l'eleggibilità⁵⁰ non può essere compromessa dalla discrezionalità dell'amministrazione⁵¹, le cause ostative all'assunzione di una carica elettiva devono essere determinate in maniera tassativa per evitare dubbi e incertezze che rischierebbero di pregiudicare l'applicazione dell'art. 51. Cost., contenendosi entro i limiti di quanto è necessario per le esigenze di interesse pubblico cui sono preordinate⁵².

Infatti, se l'ordinamento giuridico di un determinato Stato è chiamato a garantire la libertà positiva⁵³ dei suoi componenti, deve contemporaneamente assicurare l'imparzialità⁵⁴, il prestigio e la trasparenza delle istituzioni parlamentari e governative a livello nazionale e locale ponendo limitazioni alla possibilità che un determinato soggetto si candidi e governi. Questo perché una compiuta e organica disciplina in materia di limitazioni all'elettorato passivo sono "indispensabil[i] per una democrazia compiuta [poiché] la corregge o la limita. Questa disciplina. Infatti, è ispirata all'esigenza [...] di sottoporre la stessa scelta popolare a limiti, così come vuole l'articolo primo della Costituzione [...]. tutto

ciò vuol dire che la democrazia - intesa come governo del popolo - deve sottostare anch'essa a norme, che temperano le decisioni popolari, nel nome di altri interessi pubblici [...]”⁵⁵. Le limitazioni al diritto elettorale passivo si pongono a garanzia della benessere della collettività tutta cui si riconnette la necessità di perseguirne gli interessi generali pur sacrificando la libertà e un diritto fondamentale della persona. Limitare questo diritto fondamentale significa limitare e impedire la *partecipazione*, prescritta e garantita dai testi costituzionali, di un individuo alla titolarità delle cariche pubbliche e di governo, a concorrere in maniera libera ed uguale con i suoi simili a perseguire le finalità generali. Limitare il diritto di candidarsi si traduce parimenti nell'impedire di concorrere alla determinazione della politica attraverso i fenomeni associativi come i partiti politici i quali potrebbero ‘rifiutare’, per motivi di opportunità politica, l'iscrizione di una persona che incorre in una delle fattispecie preclusive alla candidatura. Anche l'iscrizione ai partiti politici, cerniere di collegamento tra società e Stato, si configura come un diritto fondamentale poiché sono i partiti politici, elementi costitutivi delle forme di Stato democratico e di tutte le forme di governo, ad assicurare quella *partecipazione* che, concretandosi nell'atto elettivo, si configura come capacità politica di *partecipazione* alla determinazione dell'indirizzo politico latamente inteso⁵⁶.

Incandidabilità, ineleggibilità e incompatibilità costituiscono le categorie giuridiche nelle quali, pacificamente, si sogliono ricondurre le diverse cause ostative alla possibilità di ricoprire, *ab initio*, ovvero mantenere, nel corso dello svolgimento del mandato, cariche pubbliche elettive⁵⁷: ciascuno di tali istituti concerne fattispecie di diversa natura e consistenza, correlate al soddisfacimento di interessi meritevoli di tutela. Se democrazia è governo del popolo, l'arte del *gubernum*, intesa in senso lato, richiede che i titolari delle cariche pubbliche si trovino in posizioni valide da instaurare un valido rapporto elettorale di *rappresentanza rappresentativa* tale, cioè, da agire nell'interesse comune evitando il perseguimento di propri interessi personali in considerazione di rapporti, cariche e situazioni ‘nocive’ e compromettenti la realizzazione dell'interesse pubblico⁵⁸. La previsione costituzionale e ordinaria di cause di *non candidabilità*, di ineleggibilità e incompatibilità con l'esercizio della funzione rappresentativa è corollario dell'ulteriore e apprezzabile esigenza di favorire meccanismi di selezione e rotazione nelle cariche pubbliche. In materia di ineleggibilità, incompatibilità ed incandidabilità la Corte costituzionale⁵⁹, sin dalla sentenza n. 42 del 1961⁶⁰, seguita dalla Corte di Cassazione e dal Consiglio di Stato, ha

inteso privilegiare una lettura restrittiva⁶¹, volta ad assicurare il più ampio diritto di accesso alle cariche elettive, al fine di garantire la libera espressione del voto e l'uguaglianza effettiva dei competitori, nonché il libero esercizio del mandato elettivo, l'imparzialità ed il buon andamento del medesimo nel corso del suo svolgimento⁶².

In tale visione l'ineleggibilità – termine indifferentemente utilizzato per indicare anche l'incandidabilità – e la conseguente nullità dell'eventuale elezione, comportano la compressione di un diritto fondamentale riconosciuto al cittadino dagli artt. 2 e 3 Cost., quello, cioè, di concorrere all'organizzazione politica dello Stato; ogni limitazione di tale diritto da parte del legislatore, in virtù della discrezionalità che l'art. 51 Cost. gli riconosce, deve essere motivato da superiori interessi pubblici cui le normative in materia di elettorato passivo sono preordinate e bilanciarsi con la tutela di diritti parimenti costituzionali, alla luce dei principi di ragionevolezza⁶³, adeguatezza e necessità⁶⁴, il che connota di eccezionalità la natura dell'ineleggibilità (e, quindi, dell'incandidabilità), rendendo conseguentemente necessario interpretare restrittivamente, ed al di fuori di ogni applicazione analogica, le norme che derogano alla regola della massima estensione del diritto elettorale passivo⁶⁵. La giurisprudenza della Corte ha quindi creato una sorta di “doppio binario: determinatezza delle fattispecie di ineleggibilità; proprietà del linguaggio utilizzato nella formulazione della norma”⁶⁶.

L'incandidabilità è stata definita dalla Corte costituzionale come la situazione in cui si trova chi non può essere candidato, alla luce di un giudizio di indegnità morale a ricoprire determinate cariche⁶⁷: essa si riferisce ad ipotesi in cui il divieto di partecipare alle competizioni elettorali viene correlato all'esigenza di impedire l'assunzione (o il mantenimento) di cariche elettive da parte di soggetti che abbiano riportato condanne per la commissione di fatti, la cui gravità denota inconciliabilità tra le responsabilità penali loro ascritte e la delicatezza degli interessi sottesi al *munus publicum*. L'elezione di coloro che si trovano in tale situazione è, dunque, nulla senza che l'interessato possa rimuovere l'impedimento all'elezione, giacché si è in presenza di uno *status* di inidoneità funzionale assoluta⁶⁸, ovvero della carenza di un requisito soggettivo⁶⁹, essenziale per l'accesso alle cariche, derivante dall'essere destinatari di provvedimenti penali che rendono indegni di ricoprire cariche elettive ed uffici non elettivi⁷⁰. Già nelle sue prime pronunce, il Giudice delle leggi ebbe modo di chiarire che la legge n. 16/1992 che, come si è detto, costituisce un importantissimo riferimento normativo, “si inserisce nell'ambito della legislazione antima-

fia e persegue interessi e finalità di rilievo nazionale, collegate alla difesa dell'ordine e della sicurezza pubblica"⁷¹, nonché, mira a tutelare "il buon andamento e la trasparenza delle amministrazioni pubbliche al fine di poter fronteggiare una situazione di grave emergenza nazionale coinvolgendo gli interessi della collettività"⁷². La previsione di cause di non candidabilità, configurate in modo tale da non alterare "i meccanismi di partecipazione dei cittadini alla vita politica, comprimendo un diritto irrevocabile senza adeguata giustificazione di rilievo costituzionale"⁷³ si muoveva nella logica sottesa alla legge di previsione, ossia quella di costituire "una sorta di difesa avanzata dallo Stato contro il crescente aggravarsi del fenomeno della criminalità organizzata e dell'infiltrazione dei suoi esponenti negli enti locali, [intervento] diretto a fronteggiare una situazione di grave emergenza che coinvolge interessi ed esigenze della collettività connessi a valori costituzionali di primario rilievo in strettamente collegati alla difesa dell'ordine e della sicurezza pubblica"⁷⁴. Le cause di incandidabilità appaiono, quindi, volte a ricercare il giusto equilibrio tra le esigenze di tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica ed il libero esercizio dei diritti di elettorato⁷⁵.

Alla luce di quanto precede, non possono sorprendere le difficoltà incontrate, sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza, nell'operare una netta distinzione tra l'istituto dell'incandidabilità e quello dell'ineleggibilità⁷⁶; la Consulta, coerentemente con l'affermazione secondo cui le fattispecie di incandidabilità rappresenterebbero l'espressione del venir meno di un requisito soggettivo per l'accesso alle cariche pubbliche stabilito, nella sua discrezionalità, dal legislatore ed in coerenza con la previsione – di cui all'art. 51, I co., Cost. – che demanda a quello il potere di definire i requisiti in base ai quali i cittadini possono accedere alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza⁷⁷, ha avuto modo di osservare come la non candidabilità sia stata concepita dal legislatore quale "*particolarissima causa di ineleggibilità*"⁷⁸ in relazione a condanne, o misure di prevenzione, comminate per reati di particolare allarme sociale.

Incandidabilità ed ineleggibilità risponderebbero, secondo la Corte⁷⁹, ad una medesima *ratio*, all'esigenza, cioè, di impedire che la competizione elettorale sia alterata, indipendentemente dal fatto che ciò avvenga in un momento antecedente o successivo alla competizione stessa salvaguardando plurimi valori di rilievo costituzionale a tutela del superiore e prevalente interesse pubblico⁸⁰.

3.1 Preliminarmente, va notato come "una causa ostativa alla piena fruizione dell'elettorato passivo non è qualificabile come ineleggibilità o come incompatibilità in base alla collocazione formale nell'uno o nell'altro elenco

siccome definito, con qualifica di sintesi, dalla legge. La diversità, [secondo un criterio tradizionale]⁸¹, dipende dagli effetti di volta in volta ricollegabili all'esistenza della causa ostativa, che sono, rispettivamente, l'invalidazione dell'elezione o l'ostacolo al mantenimento della carica legittimamente conseguita⁸² che conduce all'esercizio della cd. opzione tra le cariche⁸³.

La situazione giuridica dell'ineleggibilità⁸⁴ consiste "nell'impossibilità giuridica a divenire soggetti passivi del rapporto elettorale, [essa] viene in rilievo fin dal momento della presentazione della candidatura"⁸⁵, incidendo direttamente sul diritto⁸⁶ del cittadino a ricoprire un ufficio⁸⁷, e, dunque sulla candidatura stessa, invalidando l'elezione e impedendo⁸⁸ la legittima assunzione della carica⁸⁹. La categoria in esame punta ad escludere dall'agone elettorale coloro che potrebbero esercitare indebite pressioni sugli elettori, alterando così la competizione elettorale e il diritto di voto, differenziandosi dall'incompatibilità⁹⁰. La dottrina⁹¹, quindi, concorda nell'individuare il fondamento dell'ineleggibilità "nel timore dell'influenza che determinate posizioni individuali potrebbero avere sulla libera e genuina manifestazione della volontà dell'elettore"⁹², infatti le cause di ineleggibilità sono costituite da "talune posizioni personali che, in astratto, potrebbero turbare il libero convincimento degli elettori o immettere nella competizione il peso o il sospetto di interessi economici"⁹³. Un'importantissima distinzione – i cui 'effetti' si spiegheranno nel mentre si affronterà la figura della *non candidabilità* – va sviluppata tra ineleggibilità e incapacità elettorale passiva⁹⁴: quest'ultima presuppone la titolarità dei requisiti costituzionali per essere eletti, mentre l'ineleggibilità pone delle limitazioni a soggetti potenzialmente in grado di essere eletti in relazione a determinate circostanze. L'incapacità elettorale passiva deve essere accertata dagli uffici elettorali al momento della presentazione della candidatura e, se non rilevata in questa sede, potrà essere accertata in sede parlamentare; al contrario, le cause di ineleggibilità possono essere fatte valere solo dalla Camera di appartenenza.

3.2 L'incompatibilità⁹⁵ è una fattispecie giuridica completamente diversa, in quanto "incide sull'esercizio del mandato parlamentare [e locale]: cioè vi sono certe cariche o certi rapporti che la legge dice non cumulabile con la professione del deputato"⁹⁶ o senatore⁹⁷ evitando il sorgere di conflitti d'interesse nell'esercizio di due cariche non cumulabili⁹⁸. In generale, sia a livello nazionale che locale, le ragioni pratiche da cui può scaturire una causa di incompatibilità⁹⁹ possono essere: "[...] motivi di ordine morale (non sembra giusto che una stessa persona cumuli una pluralità

di cariche e prebende); o funzionale (l'eletto non può ricoprire cariche in enti dipendenti dall'organo – di cui fa parte – perché deve controllarli); o materiali (non si possono ricoprire contemporaneamente due incarichi, ciascuno dei quali richiede l'applicazione di tante ore giornaliere e di tante energie, da non consentire il contemporaneo svolgimento di un secondo incarico altrettanto impegnativo)¹⁰⁰. Si può, dunque, ritenere, che con le cause di incompatibilità¹⁰¹ “il legislatore si preoccupa soprattutto della moralizzazione della funzione pubblica”¹⁰². La ratio dell'incompatibilità è quella di assicurare così regolare il esercizio delle pubbliche funzioni¹⁰³, il libero esercizio del mandato parlamentare e l'imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione¹⁰⁴ in modo da evitare il cumulo tra due cariche inconciliabili che non permetterebbero l'esercizio del mandato parlamentare con la doverosa serenità e imparzialità da essa richieste¹⁰⁵.

3.3 Sposando un criterio puramente teleologico¹⁰⁶, occorre ritenere che mentre l'ineleggibilità ha il fine di “assicurare la regolarità del procedimento elettorale escludendo i candidati che possano esercitare una pressione nei confronti degli elettori, [l'incompatibilità] è volta essenzialmente a garantire il regolare esercizio delle pubbliche funzioni mediante il divieto di cumulo del mandato parlamentare con altre cariche per evitare le influenze dannose che queste potrebbero esercitare su quello”¹⁰⁷. La differenza tra ineleggibilità e incompatibilità appare chiara: mentre l'ineleggibilità è strumentale alla tutela dei diritti politici, l'incompatibilità mira a garantire il corretto adempimento del mandato elettorale e della funzione pubblica¹⁰⁸. Ne consegue che le due figure in commento “non costituiscano un'endiadi, in quanto presentano una differente sostanza cui, coerentemente, deve far seguito una diversità di disciplina e di effetti giuridici [...]”¹⁰⁹.

Tuttavia, la giurisprudenza costituzionale¹¹⁰, una volta distinti teleologicamente i due istituti, ha sposato un approccio funzionale teso ad individuare la ratio di alcune fattispecie di ineleggibilità in quelle che sono solite ispirare la previsione di una causa di incompatibilità, valorizzando, così, la natura ambivalente ed ‘elastica’ dei due istituti. La Consulta si è resa quindi protagonista del fenomeno della cd. *riduzione* delle cause di ineleggibilità sopravvenute in cause di incompatibilità, la quale si verificherebbe nel momento in cui viene convalidata l'elezione, derubricando alcune cause di ineleggibilità in cause di incompatibilità che potrebbero essere rimosse dopo l'elezione. Una prassi simile va riscontrata anche nella ‘giurisprudenza parlamentare’, la quale si è resa protagonista

del fenomeno della *conversione* delle cause di ineleggibilità sopravvenuta in fattispecie di incompatibilità con conseguente applicazione della disciplina per quest'ultima prevista¹¹¹.

L'effetto della declaratoria dell'ineleggibilità e dell'incompatibilità è la decadenza¹¹² dal mandato la quale, unitamente all'annullamento delle elezioni, alle dimissioni ed alla morte, costituisce una delle cause di cessazione dalla carica di membro del Parlamento. Tale istituto, nel panorama del diritto pubblico e – più precisamente – del diritto amministrativo, si identifica con la pronuncia mediante la quale la pubblica autorità fa venir meno situazioni soggettive attive, precedentemente assentite ai privati, qualora tali ultimi si presentino come inadempienti o non abbiano esercitato le facoltà ad esse inerenti, ovvero interrompe un rapporto, quando siano venuti meno i requisiti necessari per la costituzione o per la sua continuazione¹¹³. La decadenza, nello specifico, si differenzia dalle altre cause di cessazione dalla carica di membro del Parlamento per i suoi presupposti, mentre non se ne distingue quanto all'efficacia, considerato che il principio generale del nostro ordinamento è quello in base al quale i parlamentari acquisiscono il loro *status* all'atto di proclamazione entrando consequenzialmente nel pieno delle loro funzioni¹¹⁴.

Per la decadenza dal mandato di parlamentare, intesa quale provvedimento che delibera la decadenza, occorre rilevare come sia principio generale del diritto pubblico l'indispensabilità di un atto dell'autorità che ne determini il pieno esplicarsi. Tale atto, anche quando si configura quale atto dovuto, assume sempre un'efficacia costitutiva, potendosi ben conciliare l'esistenza di un obbligo per l'autorità, che l'adotta con la natura di atto costitutivo di determinati effetti. Ne deriva che lo *status* di parlamentare viene meno, non quando si sia verificata la fattispecie, cui la decadenza consegue, ma quando vi sia stata la relativa pronuncia, anche quando quest'ultima possa qualificarsi come atto dovuto¹¹⁵. Sotto il profilo della modalità con cui la decadenza opera, deve tenersi conto del principio per il quale la qualità di membro del Parlamento si perde soltanto al momento in cui sia intervenuta la pronuncia di decadenza: sicché il parlamentare sino a quel momento potrà godere a pieno titolo di tutte le prerogative connesse al proprio ufficio. Né, in senso contrario, possono ricavarsi argomenti dalla tesi, per la quale i membri del Parlamento, dichiarati decaduti, hanno per il passato esercitato legittimamente il proprio mandato in base al principio del funzionario di fatto¹¹⁶. Proprio perché la decadenza opera esclusivamente *ex nunc* e con effetti costitutivi, sembra che i parlamentari abbiano

esplicato *pleno iure* le attribuzioni proprie del loro ufficio¹¹⁷.

Né vale obiettare che, una volta intervenuta la pronuncia di decadenza, alcuni atti compiuti dai singoli componenti delle due Camere perdono la propria efficacia, in quanto si tratta di conseguenza, che non è legata al fatto che la preposizione dell'interessato all'ufficio presenti qualche vizio che comporti il venir meno degli atti posti in esame, ma derivante dal principio per cui le iniziative provenienti da ciascun membro del Parlamento restano efficaci finché il loro autore è in carica, sicché qualsiasi causa, che ne determini la cessazione dell'ufficio, fa perdere alle iniziative stesse gli effetti loro propri¹¹⁸.

3.4 La figura dell'incandidabilità è stata introdotta nell'ordinamento in tempo assai successivo alle due più tradizionali cause ostative all'elettorato passivo¹¹⁹. Fu nella crisi della Prima Repubblica, con l'emersione del fenomeno "Tangentopoli", quando l'opinione pubblica prese coscienza del malaffare e dei fenomeni corruttivi che caratterizzavano la politica a tutti i livelli, che si avvertì, ineludibile, la necessità di riaffermare il rispetto della legalità e dell'etica nella politica, attraverso l'introduzione di un nuovo istituto che precludesse l'accesso alle cariche elettive a quanti non fossero eticamente idonei a partecipare alla contesa elettorale¹²⁰.

Un intervento del legislatore, che provvedesse a riformare la procedura elettorale e a disinquinare l'amministrazione degli Enti locali, appariva, difatti, non più procrastinabile¹²¹. La legislazione in materia di incandidabilità nasceva, dunque, con il precipuo obiettivo di combattere il fenomeno dell'infiltrazione della criminalità organizzata nelle istituzioni locali e di escludere dall'attività di amministrazione quei soggetti che, per gravi motivi, non potessero ritenersi meritevoli "della fiducia popolare"¹²². L'incandidabilità viene definita come una nuova figura di incapacità giuridica speciale, che, a differenza dell'ineleggibilità e dell'incompatibilità, incide sulla legittimazione del diritto di elettorato passivo e non semplicemente sull'esercizio stesso; infatti, la diversità ontologica della figura in esame, rispetto alle altre due citate, è data dalla indisponibilità della fattispecie che rende impossibile l'elezione ad una carica di responsabilità istituzionale e, conseguentemente, di mantenerla¹²³. "I fatti che importano l'incandidabilità, cioè, escludono il diritto di elettorato passivo e non soltanto l'esercizio dello stesso, e poiché escludono quel diritto impediscono ai soggetti che ne sono colpiti [...] di adire la situazione giuridica prodromica rispetto all'elezione: la candidatura"¹²⁴.

“Le norme sull’incandidabilità, [...] potenzialmente in grado di incidere maggiormente sullo *status* degli esponenti politici e degli amministratori pubblici, sono [...] riconducibili al tentativo di rafforzare il principio di responsabilità dei singoli. Esse, pertanto, agiscono come meccanismo di *enforcement* rispetto a determinati obblighi di correttezza dei titolari di cariche elettive e di governo [...]”¹²⁵.

La previsione di cause di non candidatura è stata oggetto di un copioso iter normativo¹²⁶ al termine del quale si è pervenuti a un tentativo di razionalizzazione delle stesse attraverso l’approvazione del decreto legislativo n. 235/2012¹²⁷ meglio noto come Legge Severino il quale, oltre ad abrogare gli artt. 59 ss. del Testo unico sugli enti locali, introduce le ‘figure’ della non candidatura originaria e sopravvenuta al mandato parlamentare. Come si è avuto modo di comprendere dalle pagine precedenti, l’incandidabilità è legata a un giudizio di disvalore a fronte della condanna in via definitiva cui un soggetto è stato destinatario per l’aver commesso fattispecie delittuose connesse alla criminalità organizzata e alla lesione del prestigio, dell’onore, del buon andamento e dell’imparzialità della pubblica amministrazione. Fin dalle prime pronunce, il Consiglio di Stato ha avallato il collegamento tra incandidabilità e scioglimento degli enti locali per infiltrazioni mafiose, anche all’epoca in cui la non candidatura non presupponeva una sentenza di condanna definitiva, manifestando chiaramente il suo intendimento circa la sua natura¹²⁸.

Il confronto dottrinario ha riguardato soprattutto la natura giuridica dell’incandidabilità. La dottrina tradizionale ha ricompreso l’incandidabilità tra le fattispecie di ineleggibilità *latu sensu*, configurando essa una forma di incapacità elettorale assoluta¹²⁹, derivante dalla mancanza di un requisito soggettivo indispensabile per l’accesso alle cariche elettive, che inibisce l’esercizio del diritto di elettorato passivo, rendendo nulla l’eventuale elezione¹³⁰; essa è, invece, tenuta distinta dalla ineleggibilità *strictu sensu* intesa, in quanto attiene alla sussistenza di una delle fattispecie previste dalla legge che, nonostante la presenza dei requisiti di eleggibilità, impediscono ugualmente l’instaurazione di un valido rapporto elettorale¹³¹. Sebbene accomunati dalla connotazione di requisito soggettivo negativo, limitativo del diritto di elettorato passivo¹³², tra gli istituti in commento sussistono, tuttavia, differenze che non ne consentono un’equiparazione piena e che, dunque, lasciano un margine di incertezza sull’inquadramento giuridico dell’incandidabilità¹³³.

Una prima differenza è ravvisabile, a ben vedere, proprio con riguardo alle *rationes* delle cause di incandidabilità e delle cause di ineleggibilità, giac-

ché, mentre queste ultime sono stabilite al fine di garantire l'eguale e libera espressione del voto ed il corretto svolgimento della competizione elettorale, le prime sono, invece, volte a tutelare il buon andamento e la trasparenza delle pubbliche amministrazioni, oltre che l'ordine, la sicurezza e la libera determinazione degli organi elettivi¹³⁴. Inoltre, mentre le cause di ineleggibilità non inibiscono al soggetto di partecipare alla competizione elettorale, influenzando solo sulla validità dell'elezione, l'elezione di coloro i quali versino in condizioni di incandidabilità è radicalmente nulla ed insanabile, non essendo possibile per l'interessato rimuovere l'impedimento all'elezione¹³⁵, in quanto legata alle caratteristiche intrinseche della persona, come invece è possibile per chi si trovi in una situazione di ineleggibilità.

Diverso risulta, dunque, anche il regime dei controlli giacché le cause di ineleggibilità sono accertate al momento della convalida dell'elezione da parte dell'assemblea elettiva, quelle d'incandidabilità, invece, sono accertate, in via preventiva, dagli uffici elettorali¹³⁶.

Ulteriore elemento distintivo è da ravvisarsi nel fatto che l'incandidabilità, a differenza dell'ineleggibilità e dell'incompatibilità che rientrano nella potestà legislativa concorrente, si colloca nella competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di "ordine e sicurezza" ex art. 117, II co., lett. h, Cost.¹³⁷. Sembra, dunque, assai dubbio che le cause di incandidabilità possano essere ricostruite come una particolare *species* del più ampio *genus* delle ineleggibilità; se si considerano le differenze tra i due istituti appare più opportuno, invece, accostare l'incandidabilità all'incapacità elettorale assoluta¹³⁸, giacché, in entrambi i casi, il soggetto risulta privo di un requisito essenziale ai fini della proposizione della candidatura¹³⁹.

Nell'ordinamento italiano, come già illustrato, i presupposti per l'acquisto della carica di deputato e di senatore sono oggetto di riserva di legge, ex art. 51 Cost. per la determinazione delle condizioni per l'esercizio del diritto di elettorato passivo, ed ex art. 65 Cost. per la definizione delle cause di ineleggibilità e di incompatibilità all'ufficio di membro del Parlamento, e non meraviglia quindi come su queste due norme si sia incentrato il dibattito relativo all'ammissibilità, alla collocazione ed al rilievo costituzionale dell'istituto introdotto con il d.lgs. 235/2012.

La dottrina si è interrogata, in particolare, sulla conformità al dettato costituzionale del ricorso allo strumento della legge ordinaria nell'estensione dell'incandidabilità ai parlamentari, dal momento che la stessa Carta fondamentale attribuisce, nell'art. 65, alla legge la determinazione dei soli "*casi di ineleggibilità e incompatibilità*" all'acquisto e alla conservazione

del mandato rappresentativo nazionale: il disposto è stato, da taluni, interpretato alla stregua di norma “speciale”, sicché per i membri delle Camere si avrebbe una deroga al generale regime di accesso alle cariche elettive delineato dal legislatore sulla base dei criteri di cui all’art. 51 Cost., con la conseguente impossibilità di inserire, mediante una fonte *sub-costituzionale*, limiti all’esercizio dell’elettorato passivo diversi dalle ineleggibilità ed incompatibilità¹⁴⁰ anche perché mancando una definizione naturalistica di ineleggibilità, occorre negare che l’incandidabilità sia species rientrante nel genus dell’ineleggibilità. In quest’ipotesi, la *non candidabilità* si configurerebbe come una nuova e diversa fattispecie giuridica limitativa della capacità elettorale passiva.

Tale tesi, tuttavia, pur finemente argomentata, lascia decisamente perplessi¹⁴¹, poiché muove dall’assai discutibile presupposto della specialità dell’art. 65 Cost. rispetto all’art. 48 Cost., all’art. 51 Cost. e alle altre norme costituzionali: in altre parole, per considerare preclusa la possibilità di estendere l’istituto dell’incandidabilità alla carica di membro del Parlamento, sarebbe necessario presupporre che per le cariche elettive diverse da quella di parlamentare sia riconosciuta al legislatore una più ampia discrezionalità, rispetto alle fattispecie limitative nell’accesso alla carica tipizzabili e sanzionabili per il parlamentare ai sensi degli artt. 65 e 66 Cost. In merito, può sinteticamente obiettarsi, anzitutto, che ad una tesi di tal genere conseguirebbe un irragionevole restringimento del margine di discrezionalità del legislatore nella disciplina delle modalità di accesso (e di mantenimento) della carica di parlamentare.

In secondo luogo, comportando l’incandidabilità inidoneità assoluta a porre in essere la candidatura, essa è assimilabile alle cause di ineleggibilità in senso lato, e dispiega pertanto i suoi effetti già in fase preliminare, non solo all’instaurazione del rapporto elettorale, ma anche allo svolgimento stesso della competizione elettorale: a ciò consegue che la sua estensione alla carica di parlamentare non incide minimamente sugli istituti previsti dagli artt. 65-66 Cost., eccezion fatta per le cause di incandidabilità sopravvenuta che si dovranno necessariamente trasformare in cause di ineleggibilità e saranno quindi eventualmente sanzionabili soltanto secondo le garanzie previste dall’art. 66 Cost. Va, infine, rilevato che – anche a prescindere dalla, pur risolvibile, questione inerente alla compatibilità dell’istituto con gli artt. 65 e 66 Cost. – la copertura costituzionale all’incandidabilità per i parlamentari risulta già pienamente garantita sia dall’art. 51 Cost. che dall’art. 48 Cost., a meno di affermare, con specifico

riferimento al mandato parlamentare, che la perdita dell'elettorato attivo, nei casi previsti dalla legge, non trascini con sé anche la perdita di quello passivo: in altre parole, per il soggetto che ricade in una delle fattispecie che regolano l'accesso alle cariche elettive ai sensi dell'art. 51 Cost., o nei cui confronti sono irrogati provvedimenti limitativi del diritto di voto *ex art.* 48, co. 4, Cost., si determina una situazione di carenza di un requisito essenziale ai fini della capacità elettorale, del tutto assimilabile alle cause di incandidabilità previste dalla normativa in commento. Dal momento che tali norme costituzionali in materia di esercizio del diritto di voto e di accesso alle cariche elettive sono senz'altro riferibili anche all'ufficio di parlamentare, non si vede perché l'istituto delle incandidabilità non possa essere esteso anche alla carica elettiva di deputato e a quella di senatore. Quest'impostazione si fonda su opinioni che ritengono più corretta una lettura del rapporto tra gli artt. 51 e 65 Cost. in termini di reciproco completamento, piuttosto che esclusivamente in termini di conflitto: in tal senso, si afferma che l'art. 51 Cost. sancisce il diritto di concorrere, in condizioni di parità, per la titolarità di una carica elettiva, come corollario del fondamentale principio di eguaglianza di fronte alla legge e nella partecipazione alla vita pubblica ed alla organizzazione democratica della collettività ed investirebbe, pertanto, il legislatore del compito di delineare un assetto di regole *comuni*, per l'accesso a *tutti* gli uffici elettivi¹⁴². A tale disposizione si aggiunge, in funzione di ulteriore specificazione, la riserva di legge contenuta nell'art. 65 Cost. in materia di ineleggibilità ed incompatibilità per il solo mandato parlamentare, ma senza incidere sulla discrezionalità riconosciuta al legislatore con riferimento agli altri profili generali anzidetti. Tale interpretazione esclude, evidentemente, la ricorrenza di profili di illegittimità costituzionale nella disciplina dell'incandidabilità dei parlamentari. Sposando queste tesi, si potrebbe configurare, allora, la non candidabilità come un'ineleggibilità rinforzata¹⁴³.

Un primo filone interpretativo, facendo leva su alcune stringenti connessioni che la nuova normativa presenta con istituti del diritto penale, attribuisce all'incandidabilità carattere sanzionatorio di natura penale, nello specifico di sanzione penale accessoria¹⁴⁴, o di effetto penale della condanna¹⁴⁵; da ciò tale teorizzazione fa discendere l'impossibilità di applicarne le disposizioni a fatti e condotte precedenti l'entrata in vigore della normativa, in ossequio al principio "*nullum crimen, nulla poena sine lege*" di cui all'art. 25, II co., Cost.; i sostenitori di tale tesi fondano, anzitutto, sul parallelo che l'art. 15 d.lgs. 235/2012 traccia tra l'incandidabilità e la pena accessoria

dell'interdizione dai pubblici uffici ex art. 28 del c. p., osservando che i punti di contatto tra le due figure sono molteplici¹⁴⁶ quali, ad esempio, il fatto che tra le conseguenze dell'interdizione dai pubblici uffici tale norma colloca la perdita del diritto di elettorato attivo e passivo: l'ineleggibilità deriverebbe, dunque, da un giudizio di riprovazione conseguente al giudicato penale; analoghe, secondo tale dottrina, le argomentazioni su cui poggia la disciplina dell'incandidabilità per la quale, peraltro, la carica affittiva risulta, addirittura, accentuata. Inoltre, la natura penalistica della non candidabilità è suffragata dal suo collegamento con le sentenze di condanna per fattispecie delittuose. Proprio "La condanna penale, vertice di tutta la disciplina, sembra assolvere quindi ad un ruolo poliedrico: in primo luogo, fornisce un indice di pericolosità, in base al quale è necessario neutralizzare il reo rispetto ad una determinata funzione (nel caso di specie, allontanandolo dalla carica); essa, inoltre, rappresenta l'unico presupposto possibile dell'incandidabilità: quest'ultima, infatti, sta e cade inevitabilmente con la pronuncia giudiziale. In tal modo, l'ordinamento estende alla misura quel giudizio di disapprovazione che si accompagna alla condanna e, di conseguenza, alla sanzione. La severità di un simile impianto normativo, che trae legittimazione dagli obiettivi presentati, individua il suo punto di chiusura nelle dinamiche applicative dell'istituto. La disciplina, infatti, conferma tutto il suo draconiano rigore quando prescrive che alla condanna-presupposto segua, di diritto, l'incandidabilità e, quindi, la decadenza, se il soggetto colpito è attualmente in carica: così dicasi tanto per gli organi elettivi e di governo regionali e locali, quanto per gli incarichi di governo nazionale e per i membri del parlamento europeo spettanti all'Italia"¹⁴⁷.

Altro sintomo della "contaminazione" con la materia penale è stato ravvisato nel regime riguardante le sentenze di patteggiamento; il legislatore ha, difatti, previsto all'art. 16 d.lgs. 235/2012 che l'effetto ostativo non operi con riferimento alle sentenze ex art. 444 c.p.p., se anteriori all'entrata in vigore del decreto, e tale modulazione dell'incandidabilità (allo scopo di evitare che l'imputato si trovi di fronte a conseguenze negative diverse da quelle ponderate ed accettate¹⁴⁸) in ragione della caratterizzazione premiale di tale rito alternativo, confermerebbe il legame tra la nuova disciplina e le norme riguardanti il procedimento penale.

Altro indirizzo propone, invece, una qualificazione dell'istituto in termini di sanzione amministrativa¹⁴⁹, facendo riferimento anche su una pronuncia della Corte di Appello di Milano¹⁵⁰ resa, in sede di rinvio, sulla pena dell'interdizione temporanea dai pubblici uffici applicata a Silvio

Berlusconi: tale sentenza, invero, ha qualificato l'incandidabilità in termini di sanzione derivante da sentenza di condanna, rientrante nella competenza dell'Autorità Amministrativa.

Ulteriore scuola di pensiero ravvisa, infine, nell'incandidabilità non già una sanzione, ma un mero status giuridico, un'esclusione dal diritto di elettorato passivo, derivante da talune condanne penali¹⁵¹, in ragione del vincolo costituzionale di esercitare con disciplina ed onore le cariche pubbliche (art. 54 Cost.)¹⁵². La non candidabilità non deve essere configurata alla stregua di una sanzione per la quale vigerebbe il divieto di retroattività ex art. 25 Cost." Il divieto riguarda dunque nuove incriminazioni, l'ampliamento di figure di reato preesistenti, norme sulle pene principali, sulle pene accessorie e sugli effetti penali della condanna: la *ratio* è quella per cui il cittadino deve poter conoscere in anticipo se dalle sue azioni possano discendere responsabilità penali. L'esclusione dalla lista dei candidati (o la nullità della candidatura) non rientra però in alcuna delle ipotesi ricordate: non si configura, infatti, quale nuova sanzione penale, bensì quale atto meramente dichiarativo e ricognitivo di una situazione che si è determinata, e che è stata accertata, in maniera definitiva, da una sentenza di condanna. Il legislatore non ha inteso introdurre una nuova sanzione penale; ha, invece, stabilito che all'accertamento di una data situazione segue, quale conseguenza automatica, priva di qualsiasi elemento di carattere valutativo e discrezionale, la non-candidabilità del soggetto. Il fatto che la situazione che funge da causa di incandidabilità consista in una sentenza penale di condanna non significa che l'atto conseguente (esclusione o nullità) abbia natura penale [...]. Una cosa è, dunque, la rilevanza penale della condotta; altra la natura della conseguenza cui la causa è riconnessa"¹⁵³. Per questi motivi, "nessun profilo sanzionatorio, comunque, si rinviene nell'incandidabilità, che non è situabile nel novero delle pene accessorie, per tali dovendosi intendere quelle caratterizzate dall'afflittività e dalla funzione generalpreventiva e specialpreventiva, che le accomuna alle pene principali, di cui incrementano l'efficacia, anche quando si traducono nella privazione di una funzione o di un ufficio. Mancando la componente afflittiva, l'incandidabilità non può neanche rientrare nella categoria degli effetti penali, i quali derivano de iure, senza alcuna mediazione, dalla sentenza di condanna, ma è da qualificare effetto extra-penale che, pur trovando la sua genesi nella condanna, non scaturisce automaticamente dalla stessa, e si manifesta nella riduzione della capacità giuridica elettorale"¹⁵⁴.

Anche la giustizia amministrativa sposa tale tesi. Il Consiglio di Stato,

in varie pronunce, ha negato che l'incandidabilità possa essere intesa come fattispecie in senso ampio sanzionatoria¹⁵⁵, riconoscendone esclusivamente il ruolo di misura ricognitiva della sopravvenuta assenza di un requisito indispensabile per l'accesso alle cariche elettive¹⁵⁶. Il Collegio ha, difatti, ritenuto che "il fine primario [dell'incandidabilità] è quello di allontanare dallo svolgimento del rilevante munus pubblico i soggetti la cui radicale inidoneità sia conclamata da irrevocabili pronunzie di giustizia. In questo quadro la condanna penale irrevocabile è presa in considerazione come mero presupposto oggettivo cui è ricollegato un giudizio di "indegnità morale" a ricoprire determinate cariche elettive: la condanna stessa viene, quindi configurata alla stregua di "requisito negativo" o "qualifica negativa" ai fini della capacità di partecipare alla competizione elettorale e di mantenere la carica [...]"¹⁵⁷.

4. Da quanto è emerso dall'analisi delle fattispecie ostative all'elettorato passivo e dalla giurisprudenza costituzionale, le limitazioni al diritto di partecipare alla cosa pubbliche devono essere altamente e strettamente tipizzate e precise. Si è visto, altresì, come la stessa dottrina non abbia ancora assunto una posizione univoca sulla natura delle fattispecie di ineleggibilità e di non candidabilità, utile a favorire una chiara comprensione e applicazione delle stesse al fine di salvaguardare la posizione del cittadino nell'esercizio di un diritto politico fondamentale.

Ulteriore e non trascurabile aspetto di criticità è costituito dal 'disordine' normativo che caratterizza l'attuale disciplina delle limitazioni al diritto elettorale passivo. Regna ancora troppa confusione sui confini distintivi, sui presupposti, sulle *rationes* e sugli effetti che 'accompagnano' le cause ostative alle candidature e al mantenimento della carica elettiva. Le differenze, sopra teorizzate, sono sfumate e non delineate con nettezza. Soprattutto per quanto concerne le cause di ineleggibilità e di non candidabilità le sfumature sono incerte e facilmente aggirabili.

Con l'ultimo provvedimento normativo analizzato – la legge Severino – il legislatore non ha dato un significativo contributo teso a razionalizzare con certezza, una volta per tutte, la concreta disciplina dei limiti al diritto elettorale passivo. Nonostante deve essere apprezzato lo sforzo del legislatore di aver tentato di razionalizzare e introdurre ulteriori ipotesi di incandidabilità a livello nazionale ed europeo, tuttavia si è ritenuta che la normativa in commento costituisca l'ennesima occasione mancata. Non si è fatta chiarezza nella disciplina delle limitazioni all'elettorato passivo né si

sono posti confini certi tra le cause ostative alle cariche elettive. La normativa in esame si presenta scarna e poco innovativa in quanto avrebbe dovuto uniformare le cause di non candidabilità tra i diversi livelli di governo. Inoltre, ci si è occupati troppo della corruzione di tipo amministrativo e poco di quella politica, mentre si sarebbero potute introdurre disposizioni sul lobbying, sullo spoil system nonché controlli più razionali sull'intero apparato amministrativo¹⁵⁸ e, soprattutto, non ci si è occupati di una questione che da sempre impegna la dottrina: la competenza delle Camere nel giudicare, come giudice speciale, la sussistenza e il mantenimento dei requisiti abilitanti l'esercizio del mandato parlamentare e la sua compatibilità con il sistema delle garanzie giurisdizionali e con i principi di eguaglianza, contraddittorio, giusto processo, indipendenza e imparzialità del giudice.

L'auspicio è quello per cui il legislatore possa avere la caparbietà e il coraggio di intervenire in maniera organica riconducendo ad unità le fattispecie ostative al diritto elettorale passivo per non compromettere eccessivamente la libertà e il diritto di partecipazione politica dei membri una comunità politica e la trasparenza, l'imparzialità, il prestigio e l'onore delle Assemblee parlamentari e locali deputate a perseguire l'interesse generale.

NOTE

* Professore associato di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi della Calabria.

** Dottorando di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale – Teoria dello Stato e istituzioni politiche comparate, Sapienza – Università di Roma.

¹ Tradizionalmente, l'esercizio dei diritti politici è collegato alla cittadinanza nazionale. Tuttavia, la "nozione di cittadinanza [...] è entrata fortemente in crisi, anche dal punto di vista della sua idoneità a definire univocamente un determinato ambito di significati condivisi. [Infatti, con il termine cittadinanza] non potrà più riferirsi alla sola cittadinanza nazionale correlata alle regole e ai 'compiti' di un determinato ordinamento statale, in quanto a quella si potranno facilmente sovrapporre, con significati di non minore rilevanza, una cittadinanza locale, una cittadinanza regionale, una cittadinanza europea, così come altre, nuove e spesso compresenti formule d'appartenenza circostanziata e funzionale, quali la già evocata cittadinanza amministrativa [...]". CORTESE, F., *Cittadinanza e liberalizzazioni*, in CORTESE, F., SANTUCCI, G., SIMONATI, A., (a cura di), *Dallo status di cittadino ai diritti di cittadinanza*, Napoli, Esi, 2014, pp. 18 ss.

² Siffatto principio "forma il criterio più generale prescritto nella disciplina giuridica delle relazioni sociali, e si pone come obbiettivo da raggiungere anche attraverso l'azione statale", FALCON, G., *Lineamenti di diritto pubblico*, Padova, Cedam, p. 515.

³ Sulla distinzione tra rappresentanza politica e rappresentanza in campo politico si v. LANCHESTER, F., *La rappresentanza in campo politico e le sue trasformazioni*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 9 ss.

⁴ CORTESE, F., SALOMONE, R., *Riflessioni per il dibattito*, in CORTESE, F., MARCANTONI, M., SALOMONE, R., (a cura di), *Deontologia e buon andamento della pubblica amministrazione*, Milano, Franco Angeli, 2014, p. 18.

⁵ Formula che indica il livello di coinvolgimento quantitativo e qualitativo della partecipazione dei governati all'esercizio delle funzioni pubbliche. In sostanza, con forma di Stato intendiamo il rapporto tra governati e governanti, tra Stato apparato e Stato-comunità. Per una breve rassegna e carrellata delle evoluzioni delle forme di Stato cfr. *ex plurimiis*, LANCHESTER, F., voce *Stato (forme di)*, in *Enc. Dir.*, XLIII, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 797 ss.; CUOCOLO, F., voce *Forme di Stato e di governo*, in *Dig. Disc. pubbl.*, VI, Milano, Giuffrè, 1991, pp. 493 ss.; MORBIDELLI, G., PEGORARO, L., REPOSO, A., VOLPI, *Diritto pubblico comparato*, Torino, Giappichelli, 2012.; VOLPI, M., *Libertà e autorità: la classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, Torino, Giappichelli, 2013; CARETTI, P., DE SIERVO, U., *Diritto costituzionale e pubblico*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 121 ss.

⁶ Da intendersi come norme, valori, regole del gioco, strutture di autorità in cui agiscono i soggetti e gli attori politicamente rilevanti, cfr. LANCHESTER, F., voce *Stato (forme di)*, in *Enc. Dir.*, XLIII, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 797 ss.

⁷ Cfr. GRASSO, P. G., voce *Elezioni politiche*, in *Enciclopedia forense*, III, Milano, Valardi, 1958, p. 442.

⁸ COTTA, M., voce *Democrazia*, in *Enc. Giur.*, X., Roma, Treccani, 1990, p. 1.

⁹ MARTELLI, P., *Elezioni e democrazia rappresentativa: un'introduzione teorica*, Roma-Bari, Laterza, 1999, pp. 3 ss.

¹⁰ "Un potere viene accettato come legittimo e come tale deve essere obbedito. Due sono

i principi fondamentali di legittimazione del potere: quello per cui è legittimo il potere che riposa sul consenso in ultima istanza di coloro cui si rivolge, e quello per cui è legittimo il potere che deriva dalla superiorità [...] di colui che lo detiene”, BOBBIO, N., *Democrazia*, in ZACCARIA, G. (a cura di), *Lessico della politica*, Roma, Edizioni lavoro, 1987, p. 161.

¹¹ Sui diritti politici cfr. BISCARETTI DI RUFFIA, P., voce *Diritti politici*, in *NN. DI.*, IV, Torino, Utet, 1938, pp. 871; ZANGARA, V., *Configurazione giuridica dell'elettorato politico attivo*, in *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, Milano, Giuffrè, 1952; PROSPERETTI, U., *L'elettorato politico attivo*, Milano, Giuffrè, 1954; GIANOLIO, R., voce *Diritti politici*, in *Enciclopedia forense*, III, Milano, Vallardi, 1958, p. 170; VACCHELLI, G., *Il concetto giuridico del diritto politico*, Pisa, Vannucchi, 1989. Fra i più recenti cfr. *ex plurimis* SICLARI, M., *Appunti sulla giustiziabilità dei diritti politici*, in *Nomos*, n. 2/2016.

¹² Cfr. articolo 1, comma 2 della Costituzione italiana per il quale “La sovranità appartiene al popolo che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione”.

¹³ Su questo cfr. LIPPOLIS, V., *Partiti, maggioranza, opposizione*, Napoli, Jovene, 2007, pp. 51 ss.; GALGANO, F., voce *Principio di maggioranza*, in *Enc. Dir.*, XXXV, Milano, Giuffrè, 1986, pp. 547 ss.; BARBERA, A., FUSARO, C., *Maggioranza, principio di*, in *Enc. sc. Soc.*, V, Roma, Treccani, 1996, pp. 399 ss.; FUSARO, C., *Principio maggioritario e forma di governo*, Firenze, 1990, pp. 13 ss. e 155 ss.; AMATO, G., *Il dilemma del principio maggioritario*, in *Quad. cost.*, IV, Bologna, Il Mulino, 1994, p. 172; RESCIGNO, G.U., *Democrazia e principio maggioritario*, in *Quad. cost.*, IV, Bologna, Il Mulino, 1994, p. 214; BOBBIO, N., in BOBBIO, N., OFFE, C., LOMBARDINI, S., (a cura di) *Democrazia, maggioranza e minoranze*, Bologna, Il Mulino, 1981, pp. 9-13.

¹⁴ FROSINI, T.E., *Principio maggioritario*, in CASSESE, S. (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 4498.

¹⁵ Anche per aspetti critici CASSESE, S., *Maggioranza e minoranza. Il problema della democrazia in Italia*, Milano, Garzanti, 1995, pp. 36 ss.

¹⁶ Lo spiega bene DE VERGOTTINI, G., *Diritto costituzionale comparato*, Padova, Cedam, 2013, pp. 203 ss.

¹⁷ MORTATI, C., *La Costituzione nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, 1947, p. 1882.

¹⁸ Come ha sottolineato la Corte cost. con ordinanza n. 79/2006 “i partiti politici vanno considerati come organizzazioni proprie della società civile, alle quali sono attribuite dalle leggi ordinarie talune funzioni pubbliche”. Sull’ordinanza cfr. i commenti di MANINNO, A., “*La Rosa nel pugno davanti alla Corte costituzionale*” in *Quad. cost.*, 2006, pp. 564-567; RIDOLA, P., “*La legittimazione dei partiti politici nel conflitto di attribuzione fra poteri dello Stato; organamento dei soggetti del pluralismo o razionalizzazione dei principi costituzionali del processo politico*”, in *Giur. Cost.*, 2006, pp. 608-674; GHERA, F. “*Partiti politici e conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato*”, in *Giur. Cost.*, 2006, pp. 1629-1642; CURRERI S., *Non varcate quella soglia! (prime considerazioni sull’ordinanza n. 79/2006 della Corte costituzionale circa l’inammissibilità del conflitto di attribuzioni sollevato da un partito politico)*, in www.forumcostituzionale.it, pp. 1-6. Cfr. Corte cost. ordinanza n. 120/2009. In generale, il Giudice delle leggi si è occupato in rarissime occasioni dell’articolo 49 Cost. e dei partiti politici. Su questo cfr. RIVOSECCHI, G., *I partiti politici nella giurisprudenza costituzionale* in Osservatorio costituzionale n. 3/2016, pp. 1-17.

¹⁹ Infatti, tutte le Costituzioni dei principali Paesi europei disciplinano il ruolo dei partiti politici. Cfr. articolo 49 della Costituzione italiana ai sensi del quale “Tutti i cittadini

hanno diritto di associarsi liberamente in partiti per concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale”; articolo 4 della Costituzione francese che recita “I partiti e i gruppi politici concorrono all’espressione del voto. Essi si formano ed esercitano la loro attività liberamente. Essi devono rispettare i principi della sovranità nazionale e della democrazia”; articolo 21, comma 1 Costituzione tedesca per il quale “I partiti concorrono alla formazione della volontà politica del popolo. La loro fondazione è libera. Il loro ordinamento interno deve essere conforme ai principi fondamentali della democrazia. Essi devono rendere conto pubblicamente della provenienza e dell’utilizzazione dei loro mezzi finanziari e dei loro beni”; articolo 6 della Costituzione spagnola a mente del quale “I partiti politici esprimono il pluralismo politico, concorrono alla formazione e manifestazione della volontà popolare e sono strumento fondamentale per la partecipazione politica. La loro creazione e l’esercizio della loro attività sono libere nel rispetto della Costituzione e della legge. La loro struttura interna e il loro operare dovranno essere democratici”. Sul ruolo dei partiti in chiave comparata cfr. *ex plurimiis* BONFIGLIO, S., *La disciplina giuridica dei partiti e qualità della democrazia. Profili comparativi e il caso italiano visto nella prospettiva europea*, in *Concetto e funzione dei partiti politici*, in *Nomos*, n. 3/2015, pp. 16 ss.

²⁰ PALANO, D., *Partito*, Bologna, Il Mulino, 2013, p. 206.

²¹ Il richiamo storico al principio di sovranità popolare, connesso all’ideale dell’eguaglianza e alla nascita dello Stato moderno è ben visibile nella costruzione storica di SAVIGNANO, A., *La partecipazione politica nell’ordinamento costituzionale italiano*, Napoli, Esi, 1979, pp. 5 ss.

²² Cfr. ROSSI, E., *I partiti politici*, Bari, Laterza 2007, pp. 9 ss.; ID., voce *Partiti politici*, in CASSESE, S. (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 4147, il quale sottolinea che i partiti costituiscono “lo snodo fondamentale nel rapporto tra elettore ed eletto da un lato e tra eletto ed assemblee elettive dall’altro”.

²³ Valorizzano la funzione di partecipazione, PERTICONE, G., voce *Partito politico* in *NN. DI.*, XII, Torino, Utet, 1957, p. 519, il quale definisce il partito politico quale associazione volta alla conquista del potere e della partecipazione al potere organizzato; BARTOLINI, S., voce *Partiti politici e sistemi di partito*, in *Enc. Sc. Soc.*, VI, Roma, Treccani, 1996, p. 516 mettendo in luce il legame tra partito politico, partecipazione ed elezioni competitive; MARSOCCI, P., *Sulla funzione costituzionale dei partiti e delle altre formazioni partitiche*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, p. 31, dove è messo in rilievo il presupposto di una democrazia liberale e pluralista per l’esistenza dei partiti politici.

²⁴ Anche per un breve excursus storico della partecipazione politica si v. SAVIGNANO, A., voce *Partecipazione politica*, in *Enc. Dir.*, XXXII, Milano, Giuffrè, 1982, pp. 1-13. Nello stesso senso, SANI, G., voce *Partecipazione politica*, in *Enc. Sc. Soc.*, VI, Roma, Treccani, 1996, pp. 502 ss., il quale oltre a definire la partecipazione politica in termini di una presa di parte alla vita e alle attività politiche della comunità di cui si fa parte, distingue tra partecipazione istituzionalizzata e non istituzionalizzata. La prima avviene all’interno di strutture ad hoc intese come canali di espressione e di azione, mentre la seconda è una forma di partecipazione non convenzionale che si estrinseca al di fuori delle strutture esplicitamente previste e regolate da norme apposite.

²⁵ LANCHESTER, F., *Lo Stato sovrano dopo l’affermarsi del modello democratico*, in *Federalismi.it*, n. 21/2012, p. 2.

²⁶ Cfr. PASQUINO, G., *Manuale di scienza della politica*, Bologna, Il Mulino, 1986, pp.

192 ss.; SANI, G., voce, *Partecipazione politica*, in BOBBIO, N., MATTEUCCI, N., PASQUINO, G., (a cura di), *Dizionario di politica*, Torino, Utet, 2004, p. 757.

²⁷ Cfr. su questo PIZZORNO, A., *Introduzione allo studio della partecipazione politica*, in *Quaderni di sociologia*, 3-4, Torino, Taylor editore, 1996, pp. 238 ss., il quale definisce la partecipazione politica come “un’azione in solidarietà con altri, nell’ambito di uno Stato o di una classe per conservare o modificare le strutture (e quindi i valori) del sistema di interessi dominante”. All’inizio del suo saggio, l’A. riporta sinteticamente alcune delle manifestazioni della partecipazione politica quali: 1) esporsi a sollecitazioni pubbliche; 2) votare; 3) avviare una discussione pubblica; 4) convincere un elettore a votare in un certo modo; 5) portare un distintivo politico; 6) avere contatti con funzionari o dirigenti politici; 7) finanziare un partito o un candidato; 8) partecipare a comizi o assemblee politiche; 9) impegnarsi in campagne politiche; 10) diventare membro attivo di un partito politico; 11) partecipare a riunioni in cui si prendono decisioni pubbliche; 12) sollecitare finanziamenti per cause politiche; 13) candidarsi; 14) occupare cariche pubbliche o di governo.

²⁸ Cfr. PASQUINO, G., Commento all’Art. 49, in BRANCA, G., PIZZORUSSO, A., (a cura di) *Commentario alla Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1992, pp. 2 ss.

²⁹ Così COTTA, M., *Il concetto di partecipazione politica: linee di un inquadramento teorico*, in *Riv. It. Sc. Pol.*, 2, Bologna, Zanichelli, 1979, pp. 194 ss.

³⁰ Valorizza il coinvolgimento ai processi decisionali dei pubblici poteri, RESCIGNO, G.U., *Corso di diritto pubblico*, Bologna, Zanichelli, 1984, p. 238.

³¹ Infatti, le disposizioni costituzionali che sanciscono il diritto di accedere alle cariche elettive costituiscono un portato del principio di eguaglianza. Si v. TAR Sardegna, Sezione Seconda, sentenza n. 864/2011, che ha ravvisato l’esistenza di “un rapporto di continenza” tra l’Art. 3 Cost. e il primo comma dell’Art. 51 Cost. Secondo i giudici, l’accesso alle cariche elettive in condizioni di parità è “specificazione del più generale principio di eguaglianza [...]”, perché esprime la volontà del legislatore costituzionale di rafforzare il principio di uguaglianza sostanziale. Inoltre, si veda Corte cost. sent. n. 67/2012 ove si ribadisce che “Il principio di eguaglianza specificamente sancito in materia dall’art. 51 Cost., svolge il ruolo di garanzia generale di un diritto politico fondamentale, riconosciuto ad ogni cittadino con i caratteri dell’inviolabilità ex art. 2 Cost”. In letteratura *ex plurimiis* v. CERRI, A., *L’eguaglianza*, Roma-Bari, Laterza, 2005.

³² Sul rapporto tra eguaglianza, pari opportunità e accesso alle cariche elettive cfr. TAR Puglia, sent. n. 622/2010; TAR Sicilia, Sez. I, sent. n. 14310/2010; TAR Campania, sent. n. 1985/2011; TAR Reggio, sent. n. 750/2011; TAR Lombardia Brescia, Sez. II, sent. n. 1/2012; TAR Puglia Bari, Sez. I, sent. n. 79/2012; TAR Puglia Lecce, Sez. I, sent. n. 1162/2012; TAR Umbria, Sez. I, sent. n. 242/2012; TAR Reggio, sent. n. 589/2012; Consiglio di Stato, Sez. V, sent. n. 3670/2012; TAR Sardegna, Sez. II, sent. n. 84/2013; TAR Puglia Lecce, Sez. I, sent. n. 289/2013.

³³ Così FURLANI, S., voce *Elettorato passivo*, in *NN. DI.*, VI, Torino, Utet, 1957, p. 453.

³⁴ Secondo PITRUZZELLA, G., voce *Elezioni (II)*, (*Elezioni politiche: elettorato*), in *Enc. giur.*, XII, Roma, Treccani, 1989, p. 8, l’elettorato passivo è una terminologia complessa, un vero e proprio “polinomio giuridico”.

³⁵ Cfr. Cass. S. U., sentt. nn. 5262/1980; 5938/1982; 6424/1982.

³⁶ Sulla libertà personale e sul principio personalista di cui all’Art. 2 Cost., cfr. DE FRANCO, R.G., voce *Riserva di legge* in *NN. DI.*, XVI, Torino, Utet, 1957, pp. 108 ss.; BARBERA, A., voce *Art. 2* in BRANCA, G., PIZZORUSSO, A., (a cura di), *Commentario alla Costituzione*,

Bologna, Zanichelli, 1992, pp. 50 ss.; ROSSI, E., voce *Art. 2* in BIFULCO, R., CELOTTO, A., OLIVETTI, M. (a cura di) *Commentario alla Costituzione*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 42 ss.; CARETTI, P., *I diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 172.

³⁷ I quali “è necessario che siano tipizzati dalla legge con determinatezza e precisione sufficienti ad evitare, quanto più possibile, situazioni di persistente incertezza, troppo frequenti contestazioni, soluzioni giurisprudenziali contraddittorie, che finirebbero per incrinare gravemente, in fatto, la proclamata pari capacità elettorale passiva dei cittadini.”, Corte cost. sent. n. 166/1972.

³⁸ Tra i principali si richiedono l’età o il titolo di studio, oltre l’alfabetismo come è naturale che sia.

³⁹ Tra questi, come si vedrà, vengono compresi il non aver subito condanne per reati contro la Pubblica Amministrazione o l’essere titolare di cariche o trovarsi in situazioni tali da esercitare indebite influenze che potrebbero incidere sulla corretta, leale e imparziale esecuzione dell’incarico connesso all’ufficio pubblico o alla carica elettiva.

⁴⁰ Cfr. Art. 51, comma 1 Costituzione italiana “Tutti i cittadini dell’uno o dell’altro sesso possono accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive, in condizioni di eguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge. A tale fine la Repubblica promuove con appositi provvedimenti le pari opportunità tra donne e uomini.”; Art. 3, comma 5 Costituzione francese “La legge favorisce l’uguale accesso delle donne e degli uomini alle cariche elettive e alle funzioni pubbliche elettive”; Art. 33, comma 2 Costituzione tedesca “Ogni tedesco ha, secondo le proprie attitudini, qualificazioni e specializzazione professionali, parità di accesso agli uffici pubblici”; Art. 23, comma 2 “Similmente, hanno il diritto di accedere in condizioni, di eguaglianza a funzioni e incarichi pubblici con i requisiti indicati dalle leggi.” Sull’Art. 51 Cost. it. cfr. CARETTI, P., voce *Art. 97* in, BRANCA, G., PIZZORUSSO, A., (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1992, pp. 1 ss.; MIDIRI, M., voce *Art. 51*, in BIFULCO, R., CELOTTO, A., OLIVETTI, M. (a cura di) *Commentario alla Costituzione*, Op. cit., pp. 1016-1029; CUNIBERTI, M., voce *Art. 51* in CRISAFULLI ET AL. (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, Cedam, 2008, pp. 517-527.

⁴¹ Come rileva Corte cost. sent. n. 108/1969 “Risponde ad una sicura esigenza di carattere generale che la disciplina dei diritti elettorali, in quanto attinenti alle strutture essenziali di uno Stato a base democratica, sia dettata con norme destinate tendenzialmente ad operare su tutto il territorio della Repubblica”.

⁴² FALCON, G., *Amministrazione e Costituzione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 12/2013, p. 1141.

⁴³ Per una puntuale e approfondita analisi della giurisprudenza costituzionale sul tema v. *infra*, cap. II.

⁴⁴ Già nella sentenza n. 42/1961 la Corte costituzionale riconosceva l’ammissibilità di stabilire in via generale e astratta limitazioni al diritto di accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive.

⁴⁵ Corte cost. sent. n. 257/2010. D’altronde, i principi di ragionevolezza e di proporzionalità non si applicano esclusivamente alle disciplina sottesa al diritto elettorale politico, ma permeano profondamente tutti i settori dell’ordinamento. Si pensi, ad esempio, che lo stesso procedimento amministrativo si ispira ai valori della proporzionalità e della ragionevolezza come ulteriori garanzie per il cittadino nei suoi rapporti con la pubblica autorità. Su questo v. FERRARA, R., *Il “posto” del diritto amministrativo fra tradizione e globalizzazione*, in *Diritto e società*, 2/2014, pp. 148 ss.

⁴⁶ “Ne consegue che il legislatore, nell’ambito della competenza assegnatagli dalla Costituzione e nel rispetto del principio di ragionevolezza, può anche restringere, per il futuro, la precedente disciplina legislativa di un dato diritto di libertà, di un dato presupposto oggettivo o di un mezzo”, incidendo sull’esercizio, ma non sui contenuti dello stesso. Come ha sottolineato Corte cost. sent. n. 1/1956 “è da rilevare, in via generale, che la norma la quale attribuisce un diritto non escluda il regolamento dell’esercizio di esso. Una disciplina delle modalità di esercizio di un diritto, in modo che l’attività di un individuo rivolta al perseguimento dei propri fini si concili con il perseguimento dei fini degli altri, non sarebbe perciò da considerare di per sé violazione o negazione del diritto. E se pure si pensasse che dalla disciplina dell’esercizio può anche derivare indirettamente un certo limite al diritto stesso, bisognerebbe ricordare che il concetto di limite è insito nel concetto di diritto e che nell’ambito dell’ordinamento le varie sfere giuridiche devono di necessità limitarsi reciprocamente, perché possano coesistere nell’ordinata convivenza civile”. Cfr., per i commenti e per le indicazioni sulle altre pronunce in merito PACE, A., *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, Cedam, 2003, pp. 322 ss. e nota 37.

⁴⁷ Come è noto, la riserva di legge indica una norma sulla competenza, nel senso che si attribuisce alla legge la competenza a disciplinare una determinata materia. La riserva di legge può essere assoluta (nel momento in cui si ammette la esclusiva competenza della fonte legislativa, come nel caso dei diritti di libertà), relativa (ove si ammette che possano intervenire fonti di grado inferiore alla legge per disciplinare nel dettaglio la materia, come l’Art. 97), rinforzata (quando è la Costituzione stessa che detta limiti contenutistici, come l’articolo 7, comma 2), costituzionale (quando si rinvia la disciplina di una data materia alla legge costituzionale come l’articolo 137, comma 1). Si ricordi, inoltre, la riserva di Regolamento parlamentare ex articolo 64 Cost. che assegna alla esclusiva competenza delle Camere la disciplina della loro organizzazione e del loro funzionamento come espressione dei più generali principii di autonomia e indipendenza riconosciuti al Parlamento (cfr. Corte cost. sentt. nn. 154/1985 e 120/2014). Si ricordi anche l’articolo 122 che attribuisce alla competenza regionale la disciplina del sistema elettorale e le fattispecie di ineleggibilità e incompatibilità degli organi regionali nel rispetto dei principi stabiliti dalla legge statale oppure la riserva di Assemblea ex articolo 72, comma 4 Cost. Si v. BALDUZZI, R., SORRENTINO, F., voce *Riserva di legge*, in *Enc. Dir.*, XL, Milano, Giuffrè, 1989, pp. 1212 ss. Sulla valorizzazione del legame tra riserva di legge e libertà v. anche MODUGNO, F., *Diritto pubblico*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 109. Sugli aspetti penali, ex plurimis, GRANDI, C., *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 13-14. Sulle diverse forme per mezzo delle quali si traggono i profili garantisti connessi alla riserva di legge COLOMBI, F., *Gli strumenti di garanzia dei diritti fondamentali fra costituzione e cedu: riserva di legge e base legale. Riflessioni a margine di un obiter dictum di corte cost. Sent. 8 ottobre 2012, n. 230*, in Rivista AIC n. 3/2012, pp. 12 ss. Sugli aspetti critici della ricostruzione garantista della riserva di legge, DI GIOVINE, A., *Introduzione allo studio della riserva nell’ordinamento costituzionale italiano*, Torino, Giappichelli, 1969, pp. 23 ss. L’A., ipotizza, invece, che la funzione della riserva di legge sia più ampia di quella garantista, riconnettendosi “a un’esigenza intrinseca a un regime democratico-parlamentare, ove la sovranità popolare è assunta a fondamento stesso della legittimità dell’ordinamento e in cui al popolo,

oltre alla titolarità, spetta anche l'esercizio della sovranità, sicché appare logico affidare al parlamento, come massimo gestore della sovranità popolare, decisioni politiche di fondamentale importanza [...]", p. 65. Secondo FOIS, S., *La riserva di legge: lineamenti storici e problemi attuali*, Milano, Giuffrè, 1963, pp. 303 ss. la riserva di legge assolve la funzione di porre un limite al potere della maggioranza e garantire le minoranze. Sembra aderire alla tesi del FOIS MORTATI, C., *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, Cedam, 1991, p. 347 il quale sostiene che "la tutela dei diritti fondamentali della persona [...] non può considerarsi assicurata dalla pura e semplice riserva di legge [...] sicché essa deve essere ricercata nei limiti sostanziali imposti alla legge dalla costituzione, e tanto meglio può essere raggiunta quando l'accertamento del loro rispetto venga affidato al giudizio di un organo imparziale". Per una sintesi delle funzioni assunte dalla riserva di legge GUASTINI, R., voce *Legge (riserva di)* in *Dig. Disc. pubbl.*, IX, Torino, Utet, 1994, pp. 166-167 il quale ci ricorda che "1) in primo luogo, la riserva di legge adempie una funzione liberale o garantista: serve, cioè, alla tutela dei diritti fondamentali dei cittadini contro il potere esecutivo (specialmente contro il potere esecutivo). 2) in secondo luogo, la riserva di legge adempie una funzione democratica: serve, cioè, a ricondurre la disciplina di certi oggetti sotto il dominio degli organi rappresentativi, che sono espressione della sovranità popolare, e nel cui seno hanno voce anche le minoranze politiche". Sul ruolo della giurisprudenza costituzionale cfr. sentt. nn. 4/1957 ove la Corte dice espressamente che "l'espressione "in base alla legge", dove[si] interpretare in relazione col fine della protezione della libertà[...], a cui si ispira tale fondamentale principio costituzionale [...]". In senso analogo cfr. sentt. nn. 30/1957, 122/1957, 35/1961, 4/1962, 5/1962. Da ultimo, si v. sent. n. 39/1963 dove emerge chiaramente il portato garantista della riserva di legge nella parte in cui il Giudice delle leggi chiarisce definitivamente che la "riserva esige, quanto meno, che il legislatore "determini i criteri e le direttive idonee a contenere in un ambito ben delineato l'esercizio tanto dell'attività normativa secondaria quanto di quella particolare e concreta di esecuzione affidate al Governo, evitando che esse si svolgano in modo assolutamente discrezionale". La riserva di legge, quindi, ha proprio la funzione di circoscrivere il controllo e di disciplinarne l'esercizio, allo scopo di evitare che - attraverso la indefinita espansione del controllo stesso - venga annullato il diritto primario di libertà garantito dalla Costituzione. Perciò, l'assoluta mancanza di tale disciplina fa sorgere il vizio di incostituzionalità."

⁴⁸ Sulle origine storiche cfr. FOIS, S., *Op. cit.*; SORRENTINO, F., *Lezioni sulla riserva di legge*, Genova, Cooperativa libraria universitaria, 1980, pp. 19 ss.

⁴⁹ RIDOLA, P., *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in RIDOLA, P., NANIA, R., (a cura di), *I diritti costituzionali*, I, Torino, Giappichelli, 2006, p. 119.

⁵⁰ Come ha ripetuto anche recentemente la Corte cost. con ordinanza n. 291/2011 l'eleggibilità "è un diritto soggettivo perfetto inerente all'elettorato attivo o passivo". Cfr. anche Corte di Cassazione SS. UU. sentt. nn. 22640/2007 e 23682/2009.

⁵¹ Corte Costituzionale, sent. n. 46/1969 ove si sostiene che l'eleggibilità è la regola, mentre l'ineleggibilità l'eccezione.

⁵² Corte Costituzionale, sentt. nn. 38/1971; 189/1971; 58/1972; 166/1972; 571/1989; 344/1993; 141/1996; 364/1996.

⁵³ Per libertà positiva (libertà *nello* Stato) si intende la pretesa da parte del singolo individuo per cui lo Stato è chiamato ad intervenire per assicurare e garantire forme e modi di partecipazione attiva alle attività di governo. Di contro, per libertà negativa (libertà *dallo* Stato) si intende la pretesa dell'individuo a una non ingerenza da parte dei pubblici poteri in una sfera riservata e privata di un qualunque individuo nella quale possa sviluppare la propria personalità.

⁵⁴ L'imparzialità, unitamente al principio del buon andamento (cfr. art. 97 Cost. it.), è un valore costituzionale che necessita di essere salvaguardato attraverso un'apposita disciplina. "Questi principi costituiscono alcuni dei fondamentali pilastri su cui posa, negli ordinamenti domestici, lo Stato di diritto", così BATTINI, S., *Le due anime del diritto amministrativo globale*, in BATTINI, S., D'AURIA, G., DELLA CANANEA, G., FRANCHINI, C., MASSERA, A., MATTARELLA, B.G., NAPOLITANO, G., SANDULLI, A., TORCHIA, L., VESPERINI, G., (a cura di), *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Milano, Giuffrè, 2008, p.14. Il principio dell'imparzialità comporta che chi assume la titolarità di un ufficio pubblico e di una carica elettiva sia neutrale rispetto agli interessi propri e parziali in quanto "i poteri pubblici perseguono fini che trascendono quelli privati, [inoltre] l'impiegato pubblico deve servire in modo neutrale lo Stato", CASSESE, S., *Conflitti di interessi: il fiume di Eraclito*, in AA. Vv., *Studi in onore di Gianni Ferrara, I*, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 635 ss. Proprio per questo, "il tema dell'interesse pubblico alla buona amministrazione, e cioè alla messa in campo di un'attività amministrativa che si sostanzia di imparzialità e di buon andamento, rappresent[a] un'antica, e mai sopita, necessità dello Stato di diritto, alla stregua di una vera e propria pratica costante sistemica capace di permeare e conformare l'ordinamento formale-materiale prima dello Stato di diritto e, successivamente, con rinnovata e più forte legittimazione, dello Stato sociale. Da un certo punto di vista, si potrebbe, anzi, verosimilmente sostenere che il principio del buon andamento appare da subito intrecciato ed implicato con l'idea stessa di pubblica amministrazione, costituendone l'essenza profonda ed il nucleo sensibile, in quanto missione tipica e propria degli apparati amministrativi sarebbe stata quella di assicurare l'ofemilità - ossia la felicità - dei cittadini", FERRARA, R., *L'interesse pubblico al buon andamento delle pubbliche amministrazioni: tra forma e sostanza*, in *Diritto e processo amministrativo*, 1, 2010, p. 32. È quindi bene evidenziare che "La separazione tra funzioni di indirizzo politico-amministrativo e funzioni di gestione amministrativa, quindi, costituisce un principio di carattere generale, che trova il suo fondamento nell'art. 97 Cost. L'individuazione dell'esatta linea di demarcazione tra gli atti da ricondurre alle funzioni dell'organo politico e quelli di competenza della dirigenza amministrativa, però, spetta al legislatore. A sua volta, tale potere incontra un limite nello stesso art. 97 Cost.:nell'identificare gli atti di indirizzo politico amministrativo e quelli a carattere gestionale, il legislatore non può compiere scelte che, contrastando in modo irragionevole con il principio di separazione tra politica e amministrazione, ledano l'imparzialità della pubblica amministrazione", così Corte cost. sent. n. 81/2013. Da ultimo si v. Corte cost. sent. n. 108/2015 nella quale si ribadisce ulteriormente che il principio di buon andamento cui all'articolo 97 Cost. "impone una chiara e netta separazione tra attività di indirizzo politico-amministrativo e funzioni gestorie." Per una compiuta analisi delle

fattispecie tese a tutelare l'imparzialità della carica elettiva si v. *infra*, cap. II.

⁵⁵ CASSESE, S., *Democrazia e cariche pubbliche*, in CASSESE, S., MATTARELLA, B.G. (a cura di), *Democrazia e cariche pubbliche*, Bologna, Il Mulino, 1996, p. 10.

⁵⁶ Sottolineano il legame tra elezioni, scelta dell'indirizzo politico, partecipazione al fenomeno partitico e individuazione delle forze politiche legittimate a governare RAVELLI, F., *Osservazioni sulla natura dell'elettorato politico attivo*, in *Scritti in onore di Vittorio Emanuele Orlando, II*, Padova, Cedam, 1957, pp. 415-417; MARTINES, T., *Commento agli artt. 56-58 Cost.*, in BRANCA, G., PIZZORUSSO, A., (a cura di) *Commentario alla Costituzione*, Op. cit., pp. 85-86.

⁵⁷ Così MARCHESE, C., *Incandidabilità: verso una disciplina organica*, in *Rassegna parlamentare*, n. 3/2013.

⁵⁸ A tal proposito, non sembra inutile all'accennare al secondo comma dell'art. 54 Cost., il quale impone ai funzionari pubblici di esercitare le funzioni ad esse connesse con disciplina e onore. L'onorabilità dell'impiegato pubblico indica il modo doveroso con il quale vanno svolte determinate funzioni, un dovere che viene violato nel momento in cui "l'impiegato [e, in generale, chiunque rivesta ruoli pubblici] riveli mancanza del senso dell'onore e del senso morale", VENTURA, L., voce *Art. 54* in BRANCA, G., PIZZORUSSO, A., (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Op. ult. cit., pp. 84 ss. Per questo, "è evidente che il funzionario da un lato, in quanto cittadino, è tenuto ai doveri pubblici di fedeltà alla Repubblica e di obbedienza alla Costituzione ed alla legge che gravano su tutti i componenti del popolo, dall'altro lato, in quanto soggetto cui sono affidate funzioni pubbliche di rilievo, è tenuto ad un particolare rapporto di fedeltà nei confronti dell'apparato in cui agisce", così SALERNO, G.M., voce

Art. 54, in BIFULCO, R., CELOTTO, A., OLIVETTI, M. (a cura di) *Commentario alla Costituzione* Op. ult. cit., p. 1081.

⁵⁹ Cfr. GRIGLIO, E., *La giurisprudenza costituzionale in materia di ineleggibilità, incandidabilità e incompatibilità*, reperibile al seguente link http://documenti.camera.it/bpr/19647_testo.pdf, pp. 1-35.

⁶⁰ In cui ha affermato, per la prima volta, il principio fondamentale secondo il quale "l'eleggibilità (e quindi la candidabilità) è la regola, l'ineleggibilità l'eccezione" e che, tenendo conto della tassatività delle ipotesi di ineleggibilità (incandidabilità) e incompatibilità, esse devono essere soggette ad una lettura restrittiva in quanto costituiscono limitazioni di un diritto costituzionalmente garantito. Cfr. Corte cost. sentt. nn. n. 46/1969; 171/1984; 162/1985; 43/1987; 235/1988; 1020/1988; 510/1989; 53/1990; 141/1996.

⁶¹ Corte cost. sentt. nn. 283/2010 ove la Corte sottolinea che "costituisce principio costantemente affermato dalla giurisprudenza costituzionale quello secondo cui la eleggibilità costituisce la regola, mentre la ineleggibilità rappresenta una eccezione; sicché le norme che disciplinano quest'ultima sono di stretta interpretazione"; sent. n. 67/2012, "In ragione dunque del costantemente riconosciuto principio di tassatività delle cause di incompatibilità, le cui norme (al pari di quelle che disciplinano le cause di ineleggibilità) sono di stretta interpretazione introducendo limitazioni al diritto di elettorato passivo"; sent. n. 120/2013 "[...] rammentato che costituisce principio costantemente affermato dalla giurisprudenza costituzionale quello secondo cui la eleggibilità costituisce la regola, mentre la ineleggibilità rappresenta una eccezione; sicché le norme che disciplinano

quest'ultima sono di stretta interpretazione, analogamente a quanto avviene per le cause di incompatibilità, introducendo le une e le altre limitazioni al diritto di elettorato passivo.

⁶² Cfr. Corte cost., sentt. n. 46/1969, n. 108/1969, n. 166/1972, n. 192/1975, n. 45/1977, n. 5/1978, n. 53/1990, n. 344/1993; Cass., sentt. n. 3904/2005 e n. 3902/2002; Cons. Stato, sez. I consultiva, sent. n. 427/2001 e sez. V, sent. n. 8096/2004.

⁶³ Cfr. sent. n. 27/2009 “il diritto di elettorato passivo può essere compresso solo in vista di esigenze costituzionalmente rilevanti e che l’eleggibilità è la regola, mentre l’ineleggibilità è l’eccezione. La previsione di cause di ineleggibilità, da parte del legislatore, per essere conforme all’art. 51 Cost., deve rispettare i principi di ragionevolezza e proporzionalità.

⁶⁴ Corte costituzionale sentt. nn. 141/1996; 25/2008, 276/2012.

⁶⁵ Cass., sentt. n. 10701/1972; n. 510/1989; n. 517/1989; n. 344/1993.

⁶⁶ BOZZELLO VEROLE, G., *Via libera della corte costituzionale all’eleggibilità a sindaco per i dirigenti sanitari delle case di cura private convenzionate*, in *Foro amm. CDS*, fasc.7-8, 2009, p. 1646.

⁶⁷ Corte cost., sent. n. 118/1994.

⁶⁸ Corte cost., sent. n. 97/1991.

⁶⁹ La stessa Corte di Cassazione con sent. n. 13831/2008 ha espresso le medesime considerazioni configurando la non candidabilità come non come un aspetto del trattamento sanzionatorio del reato, ma come la mancanza di un requisito soggettivo ai fini dell’esercizio dell’elettorato passivo.

⁷⁰ Corte cost. sent. n. 132/2013; Cass. civ., sez. I, sent. n. 3904/2005.

⁷¹ Sent. n. 218/1993.

⁷² ITALIA, V., MAGGIORA, E., *Manuale del consigliere, Il sole 24 ore*, Milano, 2011, pp. 3 ss.

⁷³ Sent. n. 141/1996.

⁷⁴ Corte Costituzionale, sent. n. 407/1992. Cfr. sent. n. 25/2002 ove la Corte ricorda che “La giurisprudenza di questa Corte ha ripetutamente ribadito che le norme dell’art. 15 della legge n. 55 del 1990 e successive modificazioni perseguono finalità di salvaguardia dell’ordine e della sicurezza pubblica, di tutela della libera determinazione degli organi elettivi, di buon andamento e trasparenza delle amministrazioni pubbliche, contro i gravi pericoli di inquinamento derivanti dalla criminalità organizzata e dalle sue infiltrazioni, coinvolgendo così esigenze ed interessi dell’intera comunità nazionale connessi a “valori costituzionali di rilevanza primaria”.

⁷⁵ Si veda, sul punto, SALERNO, G.M., *Incandidabilità alla carica di parlamentare e Costituzione: alcune riflessioni sul d.lgs. 235 del 2012*, in *Archivio Penale*, n. 1/2014, p. 9.

⁷⁶ Cfr. ZANON, N., *Sull’estensione alle cariche parlamentari dell’istituto dell’incandidabilità*, in www.forumcostituzionale.it,

⁷⁷ Cfr. sent. n. 235/2016 “Questa Corte ha chiarito che tali misure non costituiscono sanzioni o effetti penali della condanna, ma conseguenze del venir meno di un requisito soggettivo per l’accesso alle cariche considerate o per il loro mantenimento: «nelle ipotesi legislative di decadenza ed anche di sospensione obbligatoria dalla carica elettiva previste dalle norme denunciate non si tratta affatto di “irrogare una sanzione graduabile in relazione alla diversa gravità dei reati, bensì di constatare che è venuto meno un requisito essenziale per continuare a ricoprire l’ufficio pubblico elettivo” (sentenza n. 295 del 1994), nell’ambito di quel potere di fissazione dei “requisiti” di eleggibilità, che l’art. 51, primo comma, della Costituzione riserva appunto al legislatore». Per un primo commento si v.

MAROLDA, G., *La non irragionevolezza della "legge Severino": nota a margine della sent. n. 236/2015 della Corte costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it, pp. 1-10 e MARCHESE, C., *Legge Severino: la Corte si pronuncia...e resta nel solco dei suoi passi*, *ivi*, pp. 1-19.

⁷⁸ Così Corte cost. sent. 407/1992 ove si dice che «Va in primo luogo osservato, invero, che le ipotesi di "non candidabilità" alle elezioni...non costituiscono altro che nuove cause di ineleggibilità che il legislatore ha ritenuto di configurare in relazione al fatto di aver subito condanne (o misure di prevenzione) per determinati delitti di particolare gravità. Ciò è confermato dal rilievo, da un lato, che...l'elezione di coloro che versano nelle indicate condizioni "è nulla" e, dall'altro, che la sopravvenienza del fatto dà luogo a conseguenze automatiche e necessarie, quali vanno considerate sia la "decadenza di diritto" (a seguito del passaggio in giudicato della sentenza di condanna) sia l'istituto della "immediata sospensione" dalla carica: questa, infatti, ancorché adottata con procedure complesse, non può avere altra natura che quella di atto meramente dichiarativo e ricognitivo della situazione determinatasi, privo di qualsiasi elemento di carattere valutativo e discrezionale.». Nella sent. n. 132/2001 la Corte sembra giungere addirittura ad equiparare i due istituti, laddove afferma «Le fattispecie di incandidabilità, e quindi di ineleggibilità (...) rappresentano [...] l'espressione del venir meno di un requisito soggettivo per l'accesso alle cariche.».

⁷⁹ Corte cost. sent. n. 141/1996.

⁸⁰ La Corte con sent. n. 276/2016, oltre ad ribadire che la non candidabilità va intesa alla stregua di un requisito soggettivo negativo, mette in luce come «se in origine lo scopo della disciplina era quello «di costituire una sorta di difesa avanzata dello Stato contro il crescente aggravarsi del fenomeno della criminalità organizzata e dell'infiltrazione dei suoi esponenti negli enti locali», avendo come finalità «la salvaguardia dell'ordine e della sicurezza pubblica, la tutela della libera determinazione degli organi elettivi, il buon andamento e la trasparenza delle amministrazioni pubbliche», successivamente il carattere di diffusa illegalità nella pubblica amministrazione indusse ad allargare l'ambito soggettivo e oggettivo della disciplina, a tutela degli interessi costituzionali protetti dagli artt. 54, secondo comma, e 97, secondo comma, Cost.».

⁸¹ Siffatto criterio era già impiegato da MICELI, V., *Le incompatibilità parlamentari. Studio di diritto parlamentare*, Milano, Enciclopedia giuridica italiana, 1901, pp. 4-5. *Contra* v. MARTINES, T., *In tema di ineleggibilità e di incompatibilità parlamentari*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Catania*, III (1948-1949), Napoli, Jovene, 1949, p. 487 il quale sostiene che posta in siffatti termini andremmo ad incorrere in una tautologia poiché «dire che effetto dell'ineleggibilità è la nullità dell'elezione è lo stesso che dire che effetto dell'ineleggibilità è la non eleggibilità. [...] Per cogliere una distinzione si propone, allora, di risalire alle cause che impediscono il pieno esercizio dell'elettorato passivo e queste cause distinguere a seconda che escludano addirittura dall'eleggibilità ovvero solo dall'ammissione alle Assemblee legislative. Potranno così distinguersi le cause d'ineleggibilità da quelle di incompatibilità ed inoltre, dall'esame delle due categorie, si potrà mettere in luce quale sia il fine proprio dell'ineleggibilità e quale quello proprio dell'incompatibilità».

⁸² ALBERTI, P., *Ineleggibilità amministrative e principi costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 119.

⁸³ Ci avverte accuratamente BOLOGNA, C., voce *Art. 65*, in CRISAFULLI, V., PALADIN,

L., BARTOLE, S., BIN, R., (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Op. cit., p. 604, che “Una delle principali difficoltà interpretative è [tuttavia] la stessa definizione dei due istituti. Come la dottrina segnala da tempo, l’attività del legislatore, non sempre coerente, ha contribuito a rendere più difficoltosa la distinzione già non semplice tra le due categorie”.

⁸⁴ Si v. il Testo Unico n. 361/1979, artt. 7 ss. ove si dice che non sono eleggibili i presidenti delle Giunte provinciali; i sindaci dei Comuni con popolazione superiore ai 20.000 abitanti; il capo e vice capo della polizia e gli ispettori generali di pubblica sicurezza; i capi di Gabinetto dei Ministri; il Rappresentante del Governo presso la Regione autonoma della Sardegna, il Commissario dello Stato nella Regione siciliana, i commissari del Governo per le regioni a statuto ordinario, il commissario del Governo per la regione Friuli-Venezia Giulia, il presidente della Commissione di coordinamento per la regione Valle d’Aosta, i commissari del Governo per le province di Trento e Bolzano, i prefetti e coloro che fanno le veci nelle predette cariche; i viceprefetti e i funzionari di pubblica sicurezza; gli ufficiali generali, gli ammiragli e gli ufficiali superiori delle Forze armate dello Stato, nella circoscrizione del loro comando territoriale. Le cause di ineleggibilità, di cui al comma precedente, non hanno effetto se le funzioni esercitate siano cessate almeno 180 giorni prima della data di scadenza del quinquennio di durata della Camera dei deputati. Per cessazione dalle funzioni si intende la effettiva astensione da ogni atto inerente all’ufficio rivestito, preceduta, nei casi previsti alle lettere a), b) e c) del predetto comma, dalla formale presentazione delle dimissioni e, negli altri casi, dal trasferimento, dalla revoca dell’incarico o del comando ovvero dal collocamento in aspettativa. L’accettazione della candidatura comporta in ogni caso la decadenza dalle cariche di cui alle predette lettere a), b) e c). Il quinquennio decorre dalla data della prima riunione dell’Assemblea, di cui al secondo comma del successivo art. 11.

In caso di scioglimento anticipato della Camera dei deputati, le cause di ineleggibilità anzidette non hanno effetto se le funzioni esercitate siano cessate entro i sette giorni successivi alla data di pubblicazione del decreto di scioglimento nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana. I magistrati - esclusi quelli in servizio presso le giurisdizioni superiori -, anche in caso di scioglimento anticipato della Camera dei deputati e di elezioni suppletive, non sono eleggibili nelle circoscrizioni sottoposte, in tutto o in parte, alla giurisdizione degli uffici ai quali si sono trovati assegnati o presso i quali hanno esercitato le loro funzioni in un periodo compreso nei sei mesi antecedenti la data di accettazione della candidatura. Non sono in ogni caso eleggibili se, all’atto dell’accettazione della candidatura, non si trovino in aspettativa. I magistrati che sono stati candidati e non sono stati eletti non possono esercitare per un periodo di cinque anni le loro funzioni nella circoscrizione nel cui ambito si sono svolte le elezioni. I diplomatici, i consoli, i vice-consoli, eccettuati gli onorari, ed in generale gli ufficiali, retribuiti o no, addetti alle ambasciate, legazioni e consolati esteri, tanto residenti in Italia quanto all’estero, non possono essere eletti alla Camera dei deputati sebbene abbiano ottenuto il permesso dal Governo nazionale di accettare l’ufficio senza perdere la nazionalità. Questa causa di ineleggibilità si estende a tutti coloro che abbiano impiego da Governi esteri. Non sono eleggibili inoltre: coloro che in proprio o in qualità di rappresentanti legali di società o di imprese private risultino vincolati con lo Stato per contratti di opere o di somministrazioni, oppure per concessioni o autorizzazioni amministrative di notevole entità economica, che importino l’obbligo di adempimenti specifici, l’osservanza

di norme generali o particolari protettive del pubblico interesse, alle quali la concessione o la autorizzazione è sottoposta; i rappresentanti, amministratori e dirigenti di società e imprese volte al profitto di privati e sussidiate dallo Stato con sovvenzioni continuative o con garanzia di assegnazioni o di interessi, quando questi sussidi non siano concessi in forza di una legge generale dello Stato; i consulenti legali e amministrativi che prestino in modo permanente l'opera loro alle persone, società e imprese di cui ai nn. 1 e 2, vincolate allo Stato nei modi di cui sopra. Dalla ineleggibilità sono esclusi i dirigenti di cooperative e di consorzi di cooperative, iscritte regolarmente nei registri di Prefettura.

⁸⁵ VIPIANA, P., voce *Ineleggibilità e incompatibilità nel diritto amministrativo*, in *Dig. Disc. Pubb.*, VIII, Roma, 1990, p. 289.

⁸⁶ L'ineleggibilità è quindi una sorta di inibizione che non esclude la titolarità del diritto di essere candidato, "ma solo dell'esercizio del diritto stesso [...]", IACCARINO, C.M., *In tema di ineleggibilità, indegnità e incompatibilità elettorali*, in *Foro. It.*, LXXI, 1948, p. 171.

⁸⁷ "Secondo una formula classica, l'ineleggibilità limita lo *jus ad officium*, il diritto dei cittadini ad essere investiti di pubbliche funzioni, l'incompatibilità incide sullo *jus in officio*, il diritto di conservarle", così VIGEVANI, G.E., *Stato democratico ed eleggibilità*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 152-153.

⁸⁸ Di impedimento parla anche MORTATI, C., *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, Cedam, 1991, pp. 475 ss.

⁸⁹ Come ha opportunamente rilevato la Suprema Corte di Cassazione con sentenza n. 3902/2002 "le cause di ineleggibilità alle cariche pubbliche elettive sono costituite da quelle condizioni personali del cittadino le quali si sostanziano nell'impossibilità giuridica di divenire soggetto passivo del rapporto elettorale e che, ove non siano rimosse entro un certo termine precedente le elezioni, le invalidano senza che al cittadino medesimo sia consentito di scegliere, una volta eletto, tra l'ufficio precedentemente ricoperto e quello elettivo, traendo dette cause fondamento dall'esigenza di garantire la regolarità del procedimento elettorale attraverso l'esclusione delle persone che, per la loro particolare posizione di supremazia rispetto ad altri soggetti, potrebbero influenzare la volontà degli elettori". Cfr. Corte di Cassazione sent. n. 3904/2005. Sulla stessa scia Corte costituzionale, sent. n. 283/2010 "la differenza tra ineleggibilità e incompatibilità è data dal fatto che la prima situazione è idonea a provocare effetti distorsivi nella parità delle condizioni tra i vari candidati nel senso che – avvalendosi della particolare situazione in cui versa il soggetto << non eleggibile >> - egli può variamente influenzare a suo favore il corpo elettorale. La seconda, invece, è una situazione che non ha riflessi nella parità delle condizioni tra i candidati, ma attiene alla concreta possibilità, per l'eletto, di esercitare pienamente le funzioni connesse alla carica anche per motivi concernenti il conflitto d'interessi nel quale il soggetto verrebbe a trovarsi se fosse eletto. Di qui la conseguenza che il soggetto ineleggibile deve eliminare *ex ante* la situazione di ineleggibilità nella quale versa, mentre il soggetto soltanto incompatibile deve optare, *ex post*, cioè ad elezione avvenuta, tra il mantenimento della carica precedente e il *munus* pubblico derivante dalla conseguita elezione". L'ineleggibilità attiene, dunque, allo *jus ad officium* e si traduce nell'impossibilità (inidoneità) e/o l'incapacità giuridica a divenire soggetti passivi del rapporto elettorale ex art. 51 Cost., l'incompatibilità afferisce, invece, allo *jus in officio* e si traduce in un ostacolo alla conservazione della carica, producendo effetti caducanti laddove il soggetto interessato non provveda a rimuovere l'impedimento".

⁹⁰ Secondo le più diffuse impostazioni dottrinarie con la previsione delle cause di ineleggibilità il legislatore intende evitare la *captatio benevolentiae* e il *metus publicae potestatis*.

⁹ Fra il periodo statutario e quello repubblicano si diffusero distinzioni classificatorie all'interno della categoria dell'ineleggibilità. Si distingueva un'ineleggibilità in senso lato che includerebbe anche l'incapacità elettorale, ovvero la mancanza di un requisito essenziale per l'esercizio dell'elettorato passivo e un'ineleggibilità in senso stretto la quale indicherebbe quelle fattispecie che impediscono l'instaurazione di un rapporto di rappresentatività. Si tendeva a distinguere, ancora, in relazione alla convalida, un'ineleggibilità originaria e una sopravvenuta: la prima è imputabile a circostanze e vicende che sussistono già al momento della presentazione della propria candidatura; la seconda laddove le circostanze invalidanti l'elezione insorgono durante l'esercizio del mandato. Ancora, possiamo distinguere tra un'ineleggibilità assoluta, che investe l'intero territorio nazionale e preclude l'accesso sia agli uffici pubblici nazionali e locali; un'ineleggibilità relativa, che può essere limitata a una determinata area territoriale del Paese dove maggiori potrebbero essere i tentativi di influenzare l'elettorato.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ MANZELLA, A., *Il Parlamento*, Bologna, Il Mulino, 2003, p. 228. Tuttavia, in dottrina sono state avanzate criticità circa l'uniforme e omogenea finalità che il legislatore perseguirebbe con la previsione di cause di ineleggibilità. Già in epoca statutaria si faceva notare infatti che sposando tale criterio discrezionale non fosse corretto in quanto vi sarebbero alcune previsioni legislative che estendono le cause di ineleggibilità anche ad ipotesi riconducibili nell'alveo delle incompatibilità. Si v. sul punto, SOLAZZI, G., *Diritto elettorale politico*, Torino, Bocca, 1916, pp. 82 ss. Tra i più recenti cfr. DI CIOLO, V., voce *Incompatibilità (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XXI Milano, Giuffrè, 1971, p. 42 il quale rileva come in determinate ipotesi "il legislatore considera talvolta come causa di ineleggibilità anche la titolarità di un ufficio o lo svolgimento di un'attività" che non influenza la libera determinazione del voto. "Sembra quindi che le norme sulle ineleggibilità perseguano fini molteplici o, se si preferisce, che il fine primario perseguito da dette norme non sia sempre lo stesso in tutti i casi; MIDIRI, M., voce *Art. 65* in BIFULCO, R., CELOTTO, A., OLIVETTI, M. (a cura di) *Commentario alla Costituzione Op. ult. cit.*, pp. 70 ss. per il quale "[...] resta pur sempre fondato il rilievo circa il carattere plurimo delle finalità assolute dall'istituto, già messo in luce nel corso dei lavori dell'Assemblea costituente e permane la difficoltà di assumere il criterio finalistico quel efficace discrimine fra incompatibilità e ineleggibilità. [...] Secondo un diffuso convincimento, le cause di ineleggibilità porrebbero un impedimento alla candidatura, laddove l'incompatibilità atterrebbe ad uffici definitivamente assunti; al riguardo non va trascurato che anche le prime sono dettate, almeno in parte, in vista dell'inconciliabilità oggettiva fra una determinata carica ed il mandato parlamentare, oltre che in funzione dell'incompatibilità fra carica e candidatura. Sembra dunque che, quantomeno in astratto, la contemporanea titolarità di uffici possa apparire così grave, per la lesione di interessi pubblici che deriverebbe, da essere assunta quale fonte di ineleggibilità, anziché dar luogo ad una mera fattispecie di incompatibilità: tutto dipende dalla qualificazione normativa data dal Legislatore [...]", così, anche

perché esisterebbe una fungibilità tra le due figure in virtù della quale la giurisprudenza parlamentare, per mezzo delle Giunte delle elezioni delle Camere ‘abilitate’ a verificare i titoli di ammissione dei loro componenti, hanno convertito le cause di ineleggibilità sopravvenute nel corso del mandato parlamentare in cause di incompatibilità. Sulla conversione v. *infra*; SCARCIGLIA, R., *La ratio delle cause di ineleggibilità: profili ricostruttivi e rilievi critici*, in *Quad. cost.*, 2, 1997, pp. 348 ss., il quale ritiene che “la ratio alla base delle ineleggibilità può essere ricondotta a due ipotesi principali: a) la possibilità di inquinamento delle scelte di voto da parte dei titolari di particolari uffici, funzioni, esercitando una *capatatio benevolentiae* o un *metus publicae potestatis* nei confronti del corpo elettorale; b) la possibilità di scorretto esercizio delle funzioni che i candidati (una volta eletti) sono chiamati a svolgere, per un potenziale conflitto di funzioni o di interessi. La medesima ratio è ravvisabile sia nelle ipotesi di ineleggibilità parlamentari che in quelle di ineleggibilità amministrativa, pur nella diversificazione delle previsioni legislative”. Secondo BIANCO, A., *I limiti all’elettorato passivo nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2, 2000, p. 1967, “gli innegabili elementi di omogeneità teleologica tra i due istituti suggeriscono una differenza solo quantitativa, relativamente alla gravità della sanzione, tra cause di ineleggibilità e di incompatibilità”. V. anche SORACE, D., *A proposito della giurisprudenza della Corte cost.*, in *Giur. cost.*, 1975, pp. 2708 ss.

⁹⁴ Sul punto e con riferimento alle elezioni amministrative si v. Corte cost. sent. n. 38/1971 nella quale il Giudice delle leggi sembra confermare la distinzione tra ineleggibilità e incapacità elettorale passiva: “trattandosi di elettorato amministrativo, l’ineleggibilità opera limitatamente a quel solo comune con il quale sussistono le relazioni indicate nell’art. 15, n. 7, piena ed intera restando la capacità elettorale passiva dei soggetti interessati nei confronti di ogni altra amministrazione locale, oltre che, ovviamente, in sede di elezioni politiche”.

⁹⁵ A differenza delle cause di ineleggibilità, alcune fattispecie di incompatibilità sono previste direttamente in Costituzione. E così, l’art. 65, II co., Cost. prevede, in tale ottica, l’incompatibilità tra carica di deputato e di senatore (ma non fra le rispettive candidature, con successivo obbligo di opzione, in caso di duplice elezione); l’art. 84, II co., Cost. quella tra Presidente della Repubblica ed ogni altra carica l’art. 104, u.co., Cost. quella tra parlamentari e membri del CSM; l’art. 122, II co., Cost. quella tra consigliere regionale e membro del Parlamento l’art. 135, infine, quella tra parlamentari e giudici della Corte costituzionale. Con riferimento all’incompatibilità tra la carica di senatore a vita e quella di presidente della repubblica o di giudice costituzionale, l’accettazione di uno dei due uffici incompatibili produce la sospensione da quello di senatore a vita, nel quale il titolare sarà pienamente reintegrato all’atto della decadenza dall’altra carica. Inoltre se per l’accettazione della nomina presidenziale di senatore a vita di chi sia già membro del senato a titolo elettivo, si dà luogo solo alla proclamazione del candidato non eletto avente diritto, ne discende che, con l’accettazione della nomina, chi sia membro della camera decade automaticamente dall’ufficio di deputato *ope constitutionis*. Più in generale, è stata riconosciuta l’applicabilità, con riferimento alla carica di senatore a vita, di tutte le norme sulle incompatibilità parlamentari, solo distinguendo -quanto alla loro operatività in seno alla categoria dei senatori vitalizi- tra quelli di diritto e quelli di nomina presidenziale, nel senso che per i primi l’assunzione di una carica incompatibile determinerà la sospensione dalle funzioni ma non la perdita della titolarità. Si veda, in proposito, TOSI S., in MANNI-

NO A. (a cura di), *Diritto parlamentare*, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 57 ss.

⁹⁶ MANZELLA, A., *Op. cit.*, p. 229. Giovanni Leone, membro dell'Assemblea Costituente, formulò la seguente definizione di incompatibilità: "quel complesso di cause che rendono impossibile l'esercizio del mandato parlamentare conseguito attraverso l'elezione, [che può] essere rimosso con un atto volontario, facendo cadere le condizioni che costituiscono ostacolo alla partecipazione all'attività parlamentare".

⁹⁷ Come sottolineava Corte cost. ord. n. 25/1962 al momento dell'elezione non potrebbe prevedere ipotesi di ineleggibilità, ma soltanto di incompatibilità.

⁹⁸ Infatti, per conflitto d'interessi si intende "una situazione in cui il titolare di una carica elettiva o di un pubblico ufficio (o è preposto alla cura di) un interesse economico privato tale da poter influenzare (o anche soltanto apparire di influenzare) l'esercizio dei suoi doveri pubblici, potendo preferire tale interesse all'interesse pubblico che dovrebbe perseguire in considerazione delle funzioni che è chiamato a svolgere", PERTICI, A., *Il conflitto di interessi*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 44-45. Come ben evidenzia BARBERA, A., *I Parlamenti*, Roma-Bari, Laterza, 1999, p. 51, le ipotesi di incompatibilità, oltre a impedire il sorgere di conflitti di interessi, "sono volte talora a garantire l'autonomia fra poteri (in tutti gli ordinamenti non si può appartenere a entrambe le Camere o non si può contemporaneamente appartenere al parlamento e mantenere incarichi alle dipendenze del governo).

⁹⁹ Ai sensi della legge n. 60/1953, i parlamentari non possono ricoprire cariche o uffici di enti pubblici o privati per nomina o designazione del governo o di organi amministrativi dello Stato; essere componenti di assemblee legislative o di organi esecutivi nazionali o regionali in Stati esteri; esercitare funzioni di amministratore, presidente, liquidatore, Sindaco, revisore in enti che gestiscono servizi per lo Stato o della PA; ricoprire o esercitare funzioni di rilievo in banche o s.p.a. che abbiano come scopo prevalente l'esercizio di attività finanziarie; assumere il patrocinio professionale o prestare assistenza ad imprese di carattere finanziario od economico che abbiano rapporti con lo Stato; ricoprire incarichi presso gli enti locali; essere membri di organi costituzionali o di rilevanza costituzionale; essere componenti di autorità indipendenti o di organismi di garanzia. Ancora, i parlamentari non possono ricoprire cariche in organismi giurisdizionali o paragiurisdizionali, come le commissioni tributarie, censuarie; non possono ricoprire incarichi in enti pubblici economici o attività in gradi di far sorgere situazioni di *captatio benevolentiae* o di conflitto di interessi.

Per quanto concerne le incompatibilità concernenti le cariche di governo si v. la legge n.215/2004 ai sensi della quale "Il titolare di cariche di governo, nello svolgimento del proprio incarico, non può: a) ricoprire cariche o uffici pubblici diversi dal mandato parlamentare e da quelli previsti dall'articolo 1 e non inerenti alle medesime funzioni, ad esclusione delle cariche di cui all'articolo 1, secondo comma, della legge 13 febbraio 1953, n. 60; b) ricoprire cariche o uffici o svolgere altre funzioni comunque denominate in enti di diritto pubblico, anche economici; c) ricoprire cariche o uffici o svolgere altre funzioni comunque denominate ovvero esercitare compiti di gestione in società aventi fini di lucro o in attività di rilievo imprenditoriale; d) esercitare attività professionali o di lavoro autonomo in materie connesse con la carica di governo, di qualunque natura, anche se gratuite, a favore di soggetti pubblici o privati; in ragione di tali attività il titolare di cariche di governo può percepire unicamente i proventi per le prestazioni svolte prima dell'assunzione della carica; inoltre, non può ricoprire cariche o uffici, o svolgere altre funzioni comunque denominate, né compiere atti di gestione in associazioni o società tra professionisti; e) esercitare qualsiasi tipo di impiego o lavoro

pubblico; f) esercitare qualsiasi tipo di impiego o lavoro privato. 2. L'imprenditore individuale provvede a nominare uno o più institori ai sensi degli articoli da 2203 a 2207 del codice civile. 3. Gli incarichi e le funzioni indicati al comma 1 cessano dalla data del giuramento relativo agli incarichi di cui all'articolo 1 e comunque dall'effettiva assunzione della carica; da essi non può derivare, per tutta la durata della carica di governo, alcuna forma di retribuzione o di vantaggio per il titolare. Le attività di cui al comma 1 sono vietate anche quando siano esercitate all'estero. 4. L'incompatibilità prevista dalla disposizione di cui alla lettera d) del comma 1 costituisce causa di impedimento temporaneo all'esercizio della professione e come tale è soggetta alla disciplina dettata dall'ordinamento professionale di appartenenza. L'incompatibilità prevista dalle disposizioni di cui alle lettere b), c) e d) del comma 1 perdura per dodici mesi dal termine della carica di governo nei confronti di enti di diritto pubblico, anche economici, nonché di società aventi fini di lucro che operino prevalentemente in settori connessi con la carica ricoperta. 5. I dipendenti pubblici e privati sono collocati in aspettativa, o nell'analoga posizione prevista dagli ordinamenti di provenienza e secondo le medesime norme, con decorrenza dal giorno del giuramento e comunque dall'effettiva assunzione della carica. Resta fermo anche per i titolari delle cariche di governo che i periodi trascorsi nello svolgimento dell'incarico in posizione di aspettativa o di fuori ruolo non recano pregiudizio alla posizione professionale e alla progressione di carriera".

¹⁰⁰ MAGGIORA, E., *Ineleggibilità, incompatibilità, incandidabilità nell'Ente Locale. Problemi e casi pratici*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 20.

¹⁰¹ Anche all'interno delle cause di incompatibilità sono state teorizzate ulteriori classificazioni. Si distingue tra incompatibilità permanenti e temporanee, le prime rimuovibili solo dall'eletto scegliendo tra la carica parlamentare e quella alternativa, le seconde si riferiscono a casi di incompatibilità che esistevano già prima che l'eletto divenisse parlamentare ed accertate solo dopo che sia cessata la situazione di incompatibilità. Si tende a distinguere, ancora, tra incompatibilità obiettive e subiettive, dipendendo, le prime, da una qualità o funzione già ricoperta dal parlamentare e, le seconde, dai rapporti tra eletto e Parlamento. Autorevole dottrina distingue l'incompatibilità preesistente e sopravvenuta a seconda del momento in cui essa viene in rilievo: nella prima ipotesi l'eletto può scegliere tra le due cariche, mentre le seconde, poiché sopravvenute alla convalida dell'elezione, comporterebbero la decadenza del mandato parlamentare. Ultima distinzione è tra l'incompatibilità assoluta e relativa, dove la prima determinerebbe la decadenza dal mandato a prescindere dalla scelta dell'eletto.

¹⁰² PACE, A., *Ineleggibilità, incompatibilità e conflitto di interessi dei parlamentari e dei titolari di organi di governo*, in CASSESE, S., MATTARELLA, B.G. (a cura di), *Democrazia e cariche pubbliche*, Op. cit., pp. 55-56.

¹⁰³ Si veda MILITERNI I., SAPORITO, G., *La nuova legge elettorale: ineleggibilità, incompatibilità e decadenza*, Napoli, Jovene, 1982, pp. 6-11

¹⁰⁴ In tal senso LUPO N., RIVOSCHCHI, G., *La disciplina di ineleggibilità e incompatibilità a livello europeo, nazionale e locale*, in, MELONI, G. (a cura di), *I sistemi di ineleggibilità e incompatibilità ai differenti livelli rappresentativi: profili normativi e orientamenti giurisprudenziali - Riordino e razionalizzazione delle scadenze elettorali*, Roma, Formez-FormAutonomie, 2007, pp. 11-45. I due Autori, richiamando l'art. 65 Cost. che delega al legislatore la determinazione dei casi di ineleggibilità e incompatibilità con l'ufficio di deputato e di senatore dopo avere analizzato le costruzioni dottrinarie delle catego-

rie di ineleggibilità (originarie, sopravvenute, sanabili e insanabili) e di incompatibilità (permanenti e temporanee) e ripercorso gli orientamenti espressi in merito dalla Corte Costituzionale, giungono alla conclusione che i tentativi di definizione di cui sopra non sembrano “idonei a individuare tutti i profili e le fattispecie delle ineleggibilità e delle incompatibilità che si sono andate a stratificare, nel corso degli anni, ma soprattutto non colgono appieno il differente ancoraggio ai principi costituzionali”, sostenendo, dunque, essere più utile una ricostruzione “in chiave teleologica” che tenga conto delle finalità di tutela delle norme sull’ineleggibilità ed incompatibilità.

¹⁰⁵ Cfr. Corte di Cassazione sent. n. 3902/2002 ove si ribadisce che “l’istituto dell’incompatibilità “consiste nell’impossibilità giuridica di conservare un ufficio o una carica ai quali si è stati validamente eletti o di svolgere comunque determinate attività ritenute dal legislatore inconciliabili con il mandato elettorale, nel senso che l’incompatibilità medesima, lungi dall’influire sulla validità dell’elezione, impone all’eletto di scegliere, entro termini perentori, tra il mandato elettivo e l’altra carica con questo incompatibile, là dove si ravvisi l’esigenza di evitare che un soggetto titolare del munus publicum cumuli nella sua persona le predette cariche, trovandosi in conflitto d’interesse con l’ente siccome portatore di interessi propri o di congiunti che contrastano con quelli della pubblica amministrazione”.

¹⁰⁶ Cfr. RIVOSCECHI, G., *Incandidabilità, ineleggibilità, incompatibilità con la carica di membro del Parlamento*, in Rivista AIC, n. 3/2011, pp.1-32.

¹⁰⁷ DE CESARE, C., voce *Incompatibilità e ineleggibilità parlamentari*, in *Enc. Giur.*, XV, Roma, 1990, pp. 6-7.

¹⁰⁸ Di diversa ratio ispiratrice delle due figure parlava inizialmente Corte cost. sent. n. 58/1972. Critico nei confronti della sentenza della Corte ELIA, L., *Incertezza di concetti e di pronunzie in tema di ineleggibilità nella giurisprudenza più recente della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, I, 1972, pp. 1053, il quale ritiene che in determinate fattispecie previste a titolo di ineleggibilità “dovrebbe pur sempre residuare l’incompatibilità”.

¹⁰⁹ MORZENTI PELLEGRINI, R., *La “corrispondenza biunivoca delle cause di ineleggibilità” esclude la legittimità costituzionale del cumulo dei mandati di parlamentare e di sindaco di grandi comuni*, in *Foro amm. CDS*, fasc.11, 2011, p. 3335.

¹¹⁰ Si veda Corte cost. sent. n. 42/1961 con la quale si individua una ratio plurima ed eterogenea delle ipotesi di ineleggibilità prescritte sia per salvaguardare la libertà di voto degli elettori sia per evitare il sorgere di conflitti di interessi. Si v., altresì, la sent. n. 162/1985. Fra le più recenti, sent. n. 450/2000 con commento di IMARISIO, L., *La <<degradazione>> delle ineleggibilità a incompatibilità e la razionalizzazione giurisprudenziale del sistema delle ineleggibilità e incompatibilità amministrative*, in *Giur. It.*, 3, 2001, pp. 1796 ss., il quale sottolinea come la Corte abbia mantenuto “il monopolio degli interventi giurisprudenziali manipolativi della disciplina delle incompatibilità e ineleggibilità”.

¹¹¹ Fino alla XIII^a legislatura la prassi delle Giunte delle elezioni delle Camere è stata costante nell’esprimersi negativamente circa la compatibilità tra lo status di membro del Parlamento e quello di Sindaco o presidente di provincia. Tuttavia, nel 2002, la Giunta per le elezioni della Camera dei Deputati, in relazione all’assunzione del mandato di Sindaco da parte di tre Deputati, ha ritenuto compatibile il cumulo di cariche per l’assenza di normative esplicite, per la stretta interpretazione delle disposizioni ostative ai diritti politici e per la diversità di ratio tra le cause di ineleggibilità e di incompatibilità. Analogo orientamento è stato sposato dal Senato, ove la Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari, ha condiviso la nuova giurisprudenza della Camera. (Seduta 27

luglio 2004). Nella Seduta del 14 dicembre 2011 la Giunta delle elezioni della Camera ha invece dichiarato l'incompatibilità della carica di Sindaco nei Comuni superiori a 20.000 abitanti con il mandato parlamentare, mentre il Senato è rimasto solido nell'orientamento più garantista. "In favore della prassi parlamentare e della trasformazione delle cause sopravvenute di ineleggibilità in cause di incompatibilità, si può replicare che il determinarsi della situazione, cui consegue l'ineleggibilità, dopo l'elezione a deputato o a senatore, darebbe luogo, se non trasformato in causa di incompatibilità, ad una vera e propria elusione della lettera e dello spirito della legge; che lo spirito delle norme sulle cause di ineleggibilità in senso stretto è decisamente contrario alla compatibilità dell'ufficio di parlamentare e quelli ivi contemplati; che la giurisprudenza parlamentare si è ormai orientata nel senso di trasformare le cause di ineleggibilità in cause di incompatibilità; che lo stesso ordinamento (art. 6, 3° co., l. 23 aprile 1981, n. 154) conosce la possibilità che le cause di ineleggibilità sopravvenute si trasformino in cause di incompatibilità (v. altresì quanto disponeva l'art. 25, 2° co., l. 6 febbraio 1948, n. 29); che talune cariche [...] determinano un'ineleggibilità del loro titolare, come si verifica [...] per il Presidente della Repubblica e per i giudici della Corte costituzionale, sono espressamente qualificate dalla Costituzione come incompatibili con il mandato parlamentare; che, anche ad ammettere la radicale diversità della ratio propria dell'ineleggibilità, che darebbe luogo ad vizio invalidante dell'atto elettivo rispetto a quella dell'incompatibilità, intesa come impedimento a svolgere contemporaneamente due funzioni, resterebbe sempre possibile ricostruire come invalidità sopravvenuta dell'atto elettivo la decadenza del parlamentare, quando una causa di ineleggibilità compaia in un momento successivo all'elezione", così NOCILLA, D., voce *Decadenza dal mandato parlamentare* in *Enc. giur.*, X, Torino, Utet, 1989, p. 2. *Contra*, RIVOSECCHI, G., voce *Art. 65* in BIFULCO, R., CELOTTO, A., OLIVETTI, M. (a cura di) *Commentario alla Costituzione Op. ult. cit.*, pp. 1264 ss., il quale sottolinea che "la cd. conversione sembra costituire un'interpretazione indubbiamente forzata del disposto legislativo, inidonea a garantire una corretta applicazione attuazione dell'art. 65 Cost. – che espressamente distingue tra ineleggibilità e incompatibilità – e si presta a favorire un'interpretazione distorta dei due istituti, rispondenti a finalità e a logiche non interscambiabili. [...] La prassi della conversione pare anzitutto in contrasto con i principi generali del diritto e, in particolare, con l'accezione tecnica di conversione non essendovi, nel caso *de quo*, alcuna fattispecie invalida o inefficace da convertire, né ricorrendo il presupposto della fungibilità tra i due istituti, diversi per natura e funzioni. In secondo luogo essa impedisce una attuazione dell'art. 65 Cost. coerente con il disposto costituzionale che, distinguendo tra ineleggibilità, postula conseguenze diverse per i due istituti. In altre parole, la prassi della trasformazione delle cause di ineleggibilità in cause di incompatibilità finisce per impedire che si producano le (necessariamente diverse) conseguenze previste dal legislatore, che possono arrivare, per la violazione di una causa di ineleggibilità, alla decadenza dal mandato parlamentare. [...]" In terzo luogo, è la stessa Costituzione a porre una distinzione tra i due istituti, cosicché la commistione impropria che la prassi della cd. conversione indubbiamente determina finisce per retroagire sul disposto costituzionale, rischiando di svuotare il contenuto e la garanzia della riserva di legge dell'art. 65, 1° co., Cost., che, viceversa, [...] anche la giurisprudenza costituzionale ha costantemente riaffermato e tentato di preservare" senza che sia possibile, da parte delle Camere un'interpretazione prevalente della norma in commento.

¹¹² Il linguaggio giuridico identifica tre circostanze, concettualmente diverse tra loro,

che si assimilano con la decadenza dal mandato di parlamentare: 1) la fattispecie per cui l'ordinamento, al verificarsi di un determinato evento, ricollega l'effetto della decadenza di un parlamentare dal proprio *status*; 2) il procedimento sotteso alla verifica di una delle circostanze predette che comporta la decadenza del parlamentare; 3) le modalità con le quali opera la pronuncia di decadenza, che intervenga a carico di un parlamentare. Per quanto concerne le fattispecie al cui verificarsi l'ordinamento ricollega l'effetto della decadenza di un parlamentare dal proprio *status*, vi sono più circostanze.

¹¹³ Per un maggiore approfondimento, si rinvia a NOCILLA, D., voce *Decadenza dal mandato parlamentare*, in *Enc. Giur.*, X, Roma, 1988; POLITI, F., voce *Decadenza da parlamentare*, in *Enc. Giur.*, Roma, 2014; TOSI, S., *Op. cit.*, p. 59; PINTO, F., *Cambiar pagina – Incandidabilità, ineleggibilità, incompatibilità nell'ordinamento italiano*, Astrid, 2010; V. DI CIOLO, voce *Incompatibilità ed ineleggibilità parlamentari*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1970, p. 45; LONG, G., voce *Ineleggibilità e incompatibilità*, in *Dig. Disc. Pubb.*, VIII, Roma, 1993, p. 275; IMARISIO, L., *La “degradazione” delle ineleggibilità a incompatibilità e la razionalizzazione giurisprudenziale del sistema delle ineleggibilità e incompatibilità amministrative*, in *Giur. It.*, 2001, p. 1796.

¹¹⁴ La decadenza, ad esempio, si distingue dall'annullamento dell'elezione, in quanto quest'ultimo presuppone l'invalidità dell'atto di proclamazione per vizio delle operazioni elettorali o per mancanza di una delle condizioni di eleggibilità nel proclamato, mentre la decadenza presuppone che il parlamentare sia stato validamente preposto alla carica e abbia validamente assunto il proprio mandato. Si rinvia a VIRGA, P., *La verifica dei poteri*, Palermo, Industrie riunite editoriali siciliane, 1949, pp. 1ss.

¹¹⁵ Così NOCILLA, D., *Op. cit.*

¹¹⁶ DI CIOLO V., *Incompatibilità e ineleggibilità parlamentari*, *Op. cit.*, pp. 41 ss.

¹¹⁷ Così NOCILLA, D., *Op. ult. cit.*

¹¹⁸ Lo stesso avviene, infatti, nel caso in cui il parlamentare muoia, nel caso in cui un'elezione sia stata annullata, nel caso di fine naturale o anticipata della legislatura, ecc.

¹¹⁹ Cfr. *ex plurimis* CODUTI, D., *Incandidabilità, misure anticorruzione e Costituzione*, in *Rivista Aic*, n. 4/2016, pp. 1 ss.

¹²⁰ Cfr. PINTO F., D'ALFONSO, S., *Incandidabilità, ineleggibilità e incompatibilità e status degli amministratori locali. Cause ostative al mandato, aspettative, permessi indennità*, Commenti al t.u. sull'ordinamento delle autonomie locali coordinati da L. Vandelli, Commento Parte I – Titolo III – Capo II, artt. 55-70 – Capo IV, art. 76-87, Rimini, Maggioli, 2001.

¹²¹ Si veda PORRO, A., *“Il recente istituto delle incandidabilità nelle Regioni e negli Enti locali, tra scelte discrezionali – pressoché riconfermate – del legislatore e orientamenti della giurisprudenza”* in www.consultaonline.it

¹²² Così SCUTO, F., *La nuova dimensione dell'incandidabilità estesa alla totalità delle cariche elettive e di governo*, in *Rivista AIC* n. 4/2013

¹²³ Concorda sulla qualifica speciale dell'incandidabilità, il TAR Abruzzo, sent. n. 7/2002.

¹²⁴ CINNERA, M.S., *La partecipazione dell'incandidabile alle elezioni per il rinnovo dei consigli comunali (e provinciali): nullità dei voti o delle elezioni?*, in www.giustamm.it

¹²⁵ RIVOSECCHI, G., *La disciplina della politica. Lo status degli esponenti politici e la crisi dei partiti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2015.

¹²⁶ L'istituto trova una sua comparsa nell'ordinamento nell'ambito della legislazione antimafia che, a partire dalla l. 10 febbraio 1962 n. 57, integrata da altre normative, tanto a

livello locale, quanto a livello regionale, è confluita nella l. 19 marzo 1990 n. 55. Numerosi sono stati, sin dall'introduzione, gli interventi correttivi del legislatore, tant'è che il testo originario dell'art. 15 della l. 55/1990 non contemplava l'incandidabilità, ma prevedeva, invece, la sospensione dalle funzioni dei membri degli Esecutivi delle Regioni e degli enti locali, dei consiglieri comunali e provinciali e di altri enti qualora fossero sottoposti a procedimento penale o a misura di prevenzione, seppure con provvedimento non definitivo, per il delitto di cui all'art. 416 bis cod. pen. oppure per i delitti di favoreggiamento commessi in relazione ad esso: anche in difetto di un accertamento coperto da giudicato, quindi, la norma consentiva la sospensione dalla carica nei casi di ipotizzato coinvolgimento in alcune categorie di reati. Oltre alla sospensione, la l. n.55/1990 comminava, poi, la decadenza dall'ufficio per le medesime figure di reato in caso di condanna passata in giudicato o di definitività del provvedimento giudiziario disponente la misura di prevenzione.

Tale impianto normativo veniva sostituito con la l. 18 gennaio 1992 n. 16, al dichiarato fine di intervenire "a monte", attraverso l'introduzione dell'istituto dell'incandidabilità, inibendo del tutto l'accesso alle cariche locali e regionali e limitando la misura della sospensione alla sola ipotesi in cui la sentenza fosse intervenuta dopo l'inizio del mandato. In particolare, l'art. 1 della l. n. 16/1992, sostituendo i primi quattro commi dell'art. 15 l. 55/1990, prevedeva l'incandidabilità alle elezioni regionali, provinciali, comunali e circoscrizionali per quanti fossero stati – anche se non in via definitiva – condannati, o anche sottoposti a misure di prevenzione o a procedimento penale, per una serie di fattispecie in materia di mafia, sostanze stupefacenti, armi e delitti contro la pubblica amministrazione (quali, tra gli altri, peculato, concussione, corruzione). L'incandidabilità era, inoltre, prevista per i casi di condanna definitiva, o con sentenza di primo grado confermata in appello, per delitti commessi con abuso dei poteri o violazione dei doveri inerenti ad una pubblica funzione o ad un pubblico servizio, nonché per i casi di condanna definitiva, o con sentenza di primo grado confermata in appello, ad una pena non inferiore a due anni di reclusione, per delitto non colposo. Nelle medesime fattispecie era sancita, inoltre, l'impossibilità di ricoprire le cariche di Presidente della Giunta regionale, assessore e consigliere regionale, Presidente della Giunta provinciale, Sindaco, assessore e consigliere provinciale e comunale. L'eventuale elezione di soggetti che si fossero trovati nelle condizioni di legge sopra menzionate era sanzionata di nullità e l'organo che aveva deliberato la nomina o la convalida dell'elezione era tenuto a revocarla non appena venuto a conoscenza dell'esistenza della causa di incandidabilità. In seguito, il Parlamento diede corso ad un complesso iter di riforma della disciplina dell'incandidabilità faticosamente sfociato, dopo quasi tre anni, nell'approvazione della l. n. 475 del 1999, che ha modificato l'art. 15 l. 55/1990. Confermate, in larga parte le ipotesi di reato ostative alla candidatura previste nelle leggi precedenti, la nuova disciplina dell'incandidabilità se ne differenziava profondamente, comminandola solo a seguito di sentenza definitiva di condanna ed in caso di misure, parimenti definitive, di prevenzione del Tribunale nei confronti di soggetti indiziati di appartenere ad associazioni di stampo mafioso; veniva, altresì, introdotta - al fine - l'equiparazione delle sentenze ex art. 444 c.p.p. (c.d. "di patteggiamento") a quelle di condanna e riproposta la sospensione a tempo determinato,

per un massimo di diciotto mesi, in caso di condanna non definitiva, o di misure non definitive di prevenzione, sfocianti in decadenza dalla carica col divenire irrevocabile delle medesime. I medesimi indirizzi venivano trasfusi, pedissequamente, nel T.U. degli enti locali, prevedendosi all'art. 58 le cause di incandidabilità vera e propria, collegate alla condanna definitiva, espungendosi dal testo (in ossequio all'autonomia regionale ex art. 123 Cost.) qualsiasi riferimento ai candidati al Consiglio regionale, alla Presidenza della Regione o alla nomina a membro di enti strumentali della Regione; sempre all'art. 58, in particolare, attraverso un procedimento di ricognizione ed integrazione della disciplina previgente, parzialmente poi modificato dalla l. 140/ 2004, si prevedeva l'incandidabilità alle cariche locali (Provincia e Comune) di quanti avessero riportato una condanna definitiva per delitti di particolare gravità e pericolosità sociale (quali, ad esempio, il delitto di associazione mafiosa, quello di traffico di sostanze stupefacenti), o per i delitti di cui agli artt. 314-320 c.p.; l'incandidabilità era, inoltre, prevista per quanti fossero stati condannati per abuso di poteri o violazioni di doveri inerenti ad una pubblica funzione o ad un pubblico servizio, per quanti fossero stati condannati, sempre con sentenza definitiva, ad una pena non inferiore a due anni di reclusione per un delitto non colposo e, infine, per quanti fossero stati destinatari, in via definitiva, di una misura di prevenzione del Tribunale in quanto indiziati di appartenere ad associazioni di tipo mafioso. Il III comma dell'articolo in parola disponeva, inoltre, con l'intento di estendere l'ambito oggettivo di applicabilità della disciplina, l'applicabilità delle disposizioni di cui al co. 1 a qualsiasi altro incarico la cui elezione o nomina fosse di competenza del Consiglio comunale, provinciale o circoscrizionale, ovvero della Giunta provinciale o del Presidente della Giunta comunale o del Sindaco, di assessori provinciali o comunali. Il successivo art. 59, invece, disponeva la sospensione e la decadenza di diritto da tutte le cariche, per le quali non è costituzionalmente necessario attendere una sentenza definitiva che accerti la responsabilità penale, per quanti avessero riportato una condanna, non definitiva, per i delitti di particolare gravità e pericolosità sociale di cui all'art. 58, co. 1 lett. a), o per i delitti di cui agli artt. 314 – 320 c.p., per quanti, dopo l'elezione o la nomina, fossero stati condannati in primo grado e in grado di appello ad una pena non inferiore a due anni per un delitto non colposo e per quanti fossero stati destinatari di un provvedimento non definitivo dell'autorità giudiziaria recante una misura di prevenzione, in quanto indiziati di appartenere ad un'associazione di tipo mafioso. La sospensione, nelle ipotesi disciplinate dall'art. 59, operava *ex lege*; il VI comma dello stesso articolo prevedeva, inoltre, la decadenza di diritto dalla data del passaggio in giudicato della sentenza di condanna o da quella in cui fosse divenuto definitivo il provvedimento di applicazione della misura di prevenzione.

¹²⁷ Tale decreto è figlio della legge cd. anticorruzione, n. 190/2012. In particolare, gli artt. 1-5 riguardano l'incandidabilità al Senato della Repubblica, alla Camera dei deputati e al Parlamento europeo; non possono essere eletti coloro che sono stati definitivamente condannati a pene detentive superiori a due anni per i delitti consumati o tentati previsti dall'art. 51, commi 3 bis e quater c.p.p., per i reati contro la Pubblica Amministrazione previsti agli artt. 314 ss., nonché coloro che sono stati condannati a pena detentiva superiore a quattro anni fissati ai sensi dell'art. 278 c.p.p.; il compito di

accertare l'incandidabilità è prerogativa degli uffici competenti di Camera, Senato e della circoscrizione estero attraverso il controllo delle dichiarazioni sostitutive presentate dagli stessi aspiranti parlamentari, il cui esito positivo comporta la cancellazione dalla lista dei candidati (incandidabilità originaria). Laddove la situazione ostativa all'incarico di rappresentanza sopravvenga e prima della proclamazione degli eletti, i competenti uffici dichiarano la mancata proclamazione, mentre se la causa di incandidabilità si manifesta nel corso del mandato parlamentare la Camera di appartenenza procede ai sensi dell'art. 66 Cost. (incandidabilità sopravvenuta). A tal fine le sentenze definitive di condanna saranno comunicate, a cura del PM presso il giudice dell'esecuzione alla Camera di appartenenza dell'incandidabile. La medesima disciplina si applica per le elezioni del Parlamento europeo, dove il Presidente dell'ufficio elettorale nazionale, rilevata la condizione ostativa, ne dà comunicazione alla segreteria del Parlamento europeo. L'art. 6 ha ad oggetto il divieto di ricoprire incarichi di Governo nazionale: la norma si estende a coloro che si trovano nelle medesime condizioni di deputati e senatori. I membri del Governo hanno l'obbligo di dichiarare di non trovarsi in alcuna condizione di incandidabilità; l'eventuale decadenza dall'incarico di Governo sarà dichiarata dal Presidente del Consiglio a seguito della comunicazione, da parte del PM presso il giudice dell'esecuzione, della sentenza irrevocabile di condanna. Gli artt. 7-9 disciplinano l'incandidabilità alle cariche elettive regionali, ovvero Presidente della Giunta regionale, assessore e consigliere regionale, amministratore e componenti degli organi denominati delle USL, i quali decadono dalla carica a seguito del passaggio in giudicato della sentenza di condanna o dalla data in cui diviene definitivo il provvedimento che applica la misura di prevenzione; il divieto scatta alla condanna definitiva per il delitto di cui all'art. 416 bis c.p. o per il delitto di associazione finalizzato al traffico di stupefacenti o psicotrope; per i delitti di cui all'art. 51, commi 3 bis e quater c.p.p.; per i delitti di cui agli artt. 314-319 quater, primo comma, 320, 321, 322, 322 bis, 323, 325, 326, 331, secondo comma, 334, 346 bis c.p.; per coloro che sono stati condannati per i delitti di abuso di poteri o violazioni di doveri inerenti ad una pubblica funzione o un pubblico servizio; per coloro condannati a una pena detentiva non inferiore a due anni per delitti non colposi; in ultimo, coloro soggetti a una misura di prevenzione. Le sentenze per siffatti delitti comportano, altresì, la sospensione dall'attività di governo; sospensione che segue, parimenti, all'applicazione di misure coercitive di cui agli artt. 284-286 c.p.p. e 238 c.p.p. laddove il divieto di dimora riguarda la sede dove si svolge il mandato elettorale. Nel periodo di sospensione i soggetti sospesi non vengono computati ai fini delle determinazioni del numero legale e delle maggioranze qualificate; la cancelleria del tribunale o la segreteria del PM comunicano il provvedimento di sospensione al prefetto del capoluogo della Regione e successivamente da questi trasmesso al capo del Governo e al competente Consiglio regionale per l'adozione dei provvedimenti opportuni. La caduta della misura cautelare, l'emanazione di una sentenza di non luogo a procedere, di proscioglimento, di assoluzione o un provvedimento di revoca della misura di prevenzione o sentenza di annullamento con rinvio comportano la cessazione della sospensione; tutti questi atti saranno pubblicati nell'albo pretorio. Trova applicazione la disciplina in merito alla cancellazione delle liste di

cui sopra. Gli artt. 10-12 disciplinano l'incandidabilità alle cariche elettive degli enti locali che riproducono la disciplina fino ad ora descritta. Ciò che viene in rilievo è la previsione di cui al comma 8 dell'art. 11, ai sensi del quale se sono stati adottati provvedimenti di sospensione e decadenza ed occorre certificare che "non ricorrano pericoli di infiltrazione di tipo mafioso nei servizi degli stessi enti, il prefetto può accedere presso gli enti interessati per acquisire dati e documenti ed accertare notizie concernenti i servizi stessi". L'incandidabilità alla carica di senatore, deputato, parlamentare europeo e membro del Governo decorre dalla data della irrevocabilità della sentenza di condanna e spiega la sua efficacia per un periodo corrispondente al doppio della durata della pena accessoria dell'interdizione temporanea dai pubblici uffici comminata dal giudice e comunque non è mai inferiore a sei anni. Se la causa dell'incandidabilità è il delitto di abuso di poteri o violazioni di doveri, la durata della pena è aumentata di un terzo. Infine, l'incandidabilità rileva anche a seguito di sentenza che disponga l'applicazione della pena su richiesta delle parti, producendo effetti indipendentemente dalla contemporanea limitazione del diritto di elettorato attivo e passivo frutto dell'interdizione temporanea dai pubblici uffici, mentre la sentenza di riabilitazione estingue anticipatamente l'incandidabilità, ripristinandola per il periodo di tempo residuo.

¹²⁸ L'adunanza generale del Consiglio di Stato, infatti, ebbe e a sostenere che "le misure di cui alla legge n. 16 del 1992 non rientrano fra le conseguenze strettamente penalistiche del reato né costituiscono un elemento del trattamento penale di questo, e pertanto la loro applicazione con riferimento a condanne pronunciate prima dell'entrata in vigore della legge o a condanne pronunciate successivamente ma con riguardo a fatti anteriori, non è ostacolata dal principio d'irretroattività della legge penale. Il legislatore, difatti, con tali disposizioni, non ha inteso integrare la normativa penalistica per rendere più efficace la funzione repressiva, preventiva e dissuasiva dei reati, ma, perseguendo il fine della tutela della pubblica amministrazione, della sua imparzialità e nel suo buon andamento, ha ritenuto che determinati precedenti penali o relativi all'applicazione di misure di prevenzione, per la loro indole e la loro gravità, giustifichino nel grave momento attuale una presunzione assoluta di inidoneità morale all'assunzione di talune cariche amministrative e di taluni impieghi pubblici, esercitandosi in tal modo la potestà di stabilire i requisiti di accesso alle cariche pubbliche. Tale potere non incontra, a differenza di quello del legislatore penale, il limite del rispetto dell'affidamento che il privato possa fondare sulla conoscenza delle conseguenze che ai suoi comportamenti annette la legge vigente nel momento in cui quei comportamenti sono posti in essere".

¹²⁹ Cfr. SALERNO, G.M., *Op. cit.*, p. 7, "Invero, l'incandidabilità appare più facilmente accostabile non tanto all'ineleggibilità, quanto all'incapacità elettorale assoluta, giacché, come in quest'ultima, si accerta un requisito di carattere essenziale per la presentazione della candidatura - anche stavolta trattasi di un requisito soggettivo di carattere negativo e, per di più, tale accertamento è innanzitutto compiuto in un momento che precede l'eventuale determinarsi dei vizi attinenti al rapporto elettorale che eventualmente si instaurerà successivamente. Dunque, per le diverse finalità, per le specifiche modalità e la tempistica dell'accertamento, e per l'insanabilità delle cause che lo determinano, l'incandidabilità si può distinguere dall'ineleggibilità".

¹³⁰ Cfr. PINTO, F., D'ALFONSO, D., *Op. ult. cit.* pp.72 ss.

¹³¹ In tal senso MORTATI, C, 1991, *Op. cit.*, pp. 477 ss., il quale rileva che “l’ineleggibilità non si deve confondere con l’incapacità, dato che quest’ultima comprende le situazioni inabilitanti all’esercizio dei diritti politici, comuni anche all’elettorato attivo, mentre la prima si fa valere nei confronti di coloro che, pure in possesso di tale capacità, manchino di altri requisiti [...] quali l’età, l’incapacità di apporre sottoscrizioni e il non essere investiti di particolari uffici”. Si veda, inoltre, RIVISECCHI, G., *Incandidabilità, ineleggibilità, incompatibilità con la carica di membro del Parlamento*, in Rivista AIC, *Op. cit.*, p. 4, “l’incandidabilità viene fatta rientrare nelle fattispecie di ineleggibilità ‘in senso lato’, indicando l’incapacità elettorale assoluta, ovvero la carenza di un requisito soggettivo essenziale per l’accesso alle cariche, che preclude l’esercizio dell’elettorato passivo e rende nulla l’eventuale elezione. L’ineleggibilità ‘in senso stretto’ (o ‘in senso proprio’) concerne invece la sussistenza di una delle fattispecie previste dalla legge che, pur in presenza dei requisiti di eleggibilità, costituiscono comunque causa di impedimento all’instaurazione di un valido rapporto elettorale. L’incompatibilità, infine, indicherebbe la presenza di cause ostative al mantenimento della carica di membro delle assemblee elettive o di organi esecutivi, una volta eletto o nominato, a fronte di funzioni o cariche precedentemente ricoperte, rispetto alle quali, quindi, si impone un’opzione in via successiva entro i termini previsti dall’ordinamento. Da tutto ciò consegue che l’incandidabilità e l’ineleggibilità incidono in senso preclusivo direttamente sulla posizione della candidatura; l’incompatibilità, invece, determina l’inconciliabilità della carica con altro ufficio o occupazione tenuti dalla medesima persona nel medesimo tempo”.

¹³² Cfr. BUSCEMA, L., *Orgoglio e pregiudizio (penale) in tema di diritto di elettorato passivo. Riflessioni a margine del caso De Magistris*, in Rivista AIC, n. 1/2015.

¹³³ Cfr. SCUTO, F., *La nuova dimensione dell’incandidabilità estesa alla totalità delle cariche elettive e di governo*, in Rivista AIC n. 4/2013, pp. 1 ss.

¹³⁴ Così Corte cost. sent. 141/1996, pt. 3 cons. dir.; si veda, altresì, Corte di Cassazione, sez. I civ., sent. 24 febbraio 3904/2005.

¹³⁵ Cfr. Corte di Cassazione civ., Sez. I, sent. 11 marzo 5449/2005. Così, ZANON, N., *Sull’estensione alle cariche parlamentari dell’istituto dell’incandidabilità*, rielaborazione del testo presentato in occasione dell’Audizione svolta dall’autore in data 8 gennaio 2008 di fronte alla Commissione Affari Costituzionali della Camera dei Deputati. Si veda, inoltre, PINTO, F., D’ALFONSO, D., *Op. ult. cit.*, pp. 73 ss., secondo gli Autori “l’incandidabilità opera in una fase precedente l’elezione e sulla base di regole affatto diverse, la cui sintesi e la cui differenza è data dal fatto che, diversamente da quanto avviene per l’ineleggibilità e l’incompatibilità, in cui si distingue solo il momento in cui opera l’atto che le rimuove, essa non è rimovibile”.

¹³⁶ Così RIVISECCHI, G., *La disciplina della politica. lo status degli esponenti politici e la crisi dei partiti*, in Riv. Trim. dir. pubbl., 2015, n. 2, p. 357. Analogamente si veda MARINI, F.S., *La legge Severino tra le Corti: luci e ombre dell’incandidabilità dopo la sentenza n. 236 del 2015*, in Osservatorio costituzionale, febbraio 2016, pp. 2 ss.; si veda, inoltre, Corte Cost. sent. n. 84/2006 in cui ha dichiarato che le cause di incandidabilità emergono in occasione della presentazione delle liste agli uffici elettorali, mentre quelle di ineleggibilità vengono in rilievo solo dopo lo svolgimento delle elezioni in quanto sanzionabili soltanto in una fase successiva alla convalida degli eletti.

¹³⁷ Materia che, per costante giurisprudenza della Consulta, si riferisce “all'adozione delle misure relative alla prevenzione dei reati ed al mantenimento dell'ordine pubblico, inteso quest'ultimo quale complesso dei beni giuridici fondamentali e degli interessi pubblici primari sui quali si regge l'ordinata e civile convivenza nella comunità nazionale”; da ultimo, Corte Cost., sent. n. 35/2011.

¹³⁸ In questo senso SALERNO, G.M., *Incandidabilità alla carica parlamentare e Costituzione: alcune riflessioni sul d.lgs. n. 235 del 2012*, in *Archivio penale*, n. 1/2014; ZANON, N., *Sull'estensione alle cariche parlamentari dell'istituto dell'incandidabilità*, Rielaborazione del testo presentato in occasione dell'audizione svolta dall'autore in data 8 gennaio 2008 di fronte alla Commissione Affari Costituzionali della Camera dei Deputati, consultabile in www.forumcostituzionale.it

¹³⁹ RIVOCSECCI, G., *Incandidabilità agli organi rappresentativi e divieto di ricoprire cariche elettive e di governo conseguenti a sentenze definitive di condanna per delitti non colposi (art. 1, commi 63-65 della legge 6 novembre 2012 n. 190)*, in MATTARELLA, B.G., PELISSERO, M., (a cura di), *La legge anticorruzione – prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, Giappichelli, 2013, pp. 295-321.

¹⁴⁰ Così ZANON, N., *Sull'estensione alle cariche parlamentari dell'istituto dell'incandidabilità*, in www.forumcostituzionale.it “con riguardo al mandato parlamentare, il legislatore dovrebbe dunque intervenire a stabilire regole in tema di *ineleggibilità* (oltre che di incompatibilità), non potendo invece introdurre limiti all'elettorato passivo che all'ineleggibilità non siano riconducibili”. Identiche considerazioni esprime l'Autore anche nel parere *pro veritate* redatto insieme a Beniamino Caravita di Toritto e Giuseppe De Vergottini, *Sulla conformità a Costituzione dell'art. 3 del decreto legislativo 31 dicembre 2012 n. 235*, in www.giurcost.org, 2013. V. anche MANGIA A., *Berlusconi incandidabile? La legge Severino non può fermarlo, serve il voto del Senato*, *Il sussidiario.net*, 16/08/2013.

¹⁴¹ Non condividono l'impostazione che asserisce l'esistenza di un rapporto di *genus a species* tra gli artt. 51 e 65 Cost. PINTO, F., D'ALFONSO, D., *Op. ult. cit.*, pp. 77 ss.; RIVOCSECCI, G., *L'incandidabilità agli organi rappresentativi e divieto di ricoprire cariche di governo (art. 1, commi 63-65) Op. cit.*

¹⁴² In tal senso SCUTO, F., *Op. cit.*, p. 6.

¹⁴³ Cfr. CAPOTOSTI, P.A., *Legge Severino nuova? Ragionarci*, *Il Fatto quotidiano*, 19/08/2013 e CECCANTI, S., *Berlusconi non si può candidare. La legge Severino ha cambiato tutto*, *Repubblica*, 12/08/2013 i quali parlano della non candidabilità come un'ineleggibilità rinforzata. Sembra aderire alla tesi LUCIANI, M., *Indagine conoscitiva svolta presso la Commissione I della Camera dei Deputati* reperibile al seguente link http://leg15.camera.it/_dati/lavori/stencomm/01/indag/ineleggibilita/2008/0108/INTERO.pdf Si v. anche LANCHESTER, F., il quale ci avverte che l'incandidabilità è considerata come un'ipotesi di ineleggibilità rafforzata e assoluta, differenziandosi da un'ineleggibilità *ex post*. Mentre alcune cause di incandidabilità si ricollegano all'indegnità morale, altre sono collocate in una zona grigia, *ivi*.

¹⁴⁴ Parla di una sorta di pena accessoria “speciale” SPANGHER, G., *Parere pro veritate*.

¹⁴⁵ Così NICO D'ASCOLA, V., *Alla ricerca di un diritto che non c'è. La presunta retroattività della “legge Severino”, tra derive asistematiche e suggestioni moralistiche*, in *Archivio penale*, n. 1/2014, pp. 19 ss.

¹⁴⁶ Si veda, tra gli altri, GAMBARDELLA, M., “*Legge Severino*” in materia di incandidabilità sopravvenuta e divieto di retroattività convenzionale (art. 7 C.e.d.u.) in *Archivio penale*, 1/2014, p. 5.

¹⁴⁷ MANCANO, L., *Riflessioni in tema di incandidabilità reflections on the issue of ineligibility to stand for parliament*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc.2, 2014, p. 937.

¹⁴⁸ In tal senso si è pronunciato il Consiglio di Stato con sent. n. 695/2013, richiamando Cass. pen., Sez. un., sent. n. 35738/2010 e Cass. pen., Sez. III, n. 905/2002.

¹⁴⁹ Cfr. TORRETTA, P., *L'incandidabilità al mandato parlamentare. La "legge Severino" oltre il "caso Berlusconi"*, Napoli, Esi, 2015, pp. 39 ss.

¹⁵⁰ Cfr. Corte d'Appello di Milano, sez. III, sent. 19-29 ottobre 2013.

¹⁵¹ Si veda MAZZA, O., *Lo chassé-croisé della retroattività (in margine alla "legge Severino")*, in *Archivio penale*, n. 1/2014, pp. 4 ss. e LIETO, S., *Un'ordinanza di remissione per il decreto Severino: <<Tanto tuonò che piovve!>>*, in www.forumcostituzionale.it, 2014, pp. 1-10; MARCENÒ, V., *L'indegnità morale dei candidati e il suo tempo*, in *Giur. Cost.*, n. 1/2014, pp. 621 ss.

¹⁵² Tale teoria rifiuta "una concezione affittiva dell'istituto, nel quale si ravvisa, invece, la condizione di chi, condannato in via definitiva per determinati gravi reati, non può prendere parte ad una competizione elettorale, perché carente dei titoli richiesti per un valido accesso al mandato elettivo (o a cariche di governo)". Cfr. TORRETTA, P., *Op. cit.*, pp. 42 ss.

¹⁵³ MARCENÒ V., *L'indegnità morale dei candidati e il suo tempo*, in *Giur. Cost.*, fasc.1, 2014, p. 621.

¹⁵⁴ NUZZO, F., *L'incandidabilità negli enti locali quale effetto extrapenale della sentenza di condanna*, in *Cass. pen.*, fasc.10, 2001, p. 2631.

¹⁵⁵ Così, Cons. di Stato, V sez., sent. n. 695/2013 e Cons. di Stato, III sez., sent. n. 730/2014. Si veda, inoltre, Tar Lazio sent. n.8696/2013: "[...] l'incandidabilità non è un aspetto del trattamento sanzionatorio penale del reato, ma si traduce nel difetto di un requisito soggettivo per l'elettorato passivo (Cassazione civile, sez. I, 27 maggio 2008, sent. n. 13831)".

¹⁵⁶ NICO D'ASCOLA, V., *Op. ult. cit.*, p. 18, esprime il sospetto che "il forte e persistente richiamo ai temi etici in realtà costituisce lo strumento per eludere il molto ingombrante tema della retroattività sfavorevole."

¹⁵⁷ Cfr. Cons. Stato par. 3.1 sent. n. 695/2013.

¹⁵⁸ Cfr. RIVISECCHI, G., *Incandidabilità agli organi rappresentativi e divieto di ricoprire cariche elettive e di governo conseguenti a sentenze definitive di condanna per delitti non colposi (art. 1, commi 63 – 65 della legge 6 novembre 2012 n. 190)*, *Op. ult. Cit.*, pp. 295 ss. Nello stesso senso e per i profili penalistici, GROSSO, C.F., *Novità, omissioni e timidezze della legge anticorruzione in tema di modifiche al codice penale*, pp. 1 ss., *ivi*; PORRO, A., *Cambia forma (ma non sostanza) la incandidabilità per regioni ed enti locali*, in *Quad. Cost.*, 2013, p. 415; LUPO, N., RIVISECCHI, G., *Le incandidabilità alle cariche elettive e i divieti di ricoprire cariche di governo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 6/2013, pp. 599 ss.

Transcendence of the person in action
The Lublin personalistic school impact to the issue

*Marek Słomka**

*Associate Professor (*adiunctus*) at the Chair of the Philosophy of Religion, John Paul II
Catholic University of Lublin (The Faculty of Philosophy)

Human will manifests itself not only at the moment of 'willing'. Of course, the experience of 'I could but I need not' are an essential element of the human action. However, the human will and the inner freedom have yet another experiential dimension. On the one hand, the will can be recognized as some inherent feature of the action performed by the person; on the other, it manifests itself as the property of the person whose ability to perform actions comes directly from the possession of this property. Thus, even the converse of the relation is possible: not only is the will manifested in or by the person but also the person is manifested in or by his own will. K. Wojtyła writes that every action, confirms and at the same time makes more concrete the relation, in which the will manifests itself as the property of the person and the person manifests himself as a reality with regard to his dynamism that is properly constituted by the will. It is this relation we call 'self-determination'¹.

Self-determination presupposes a unique complexity in the person because, much as he is the only one who possesses himself, he is – at the same time – his own sole and exclusive possession. Without reference to this specific human complexity even the simple experience of 'I will' cannot be adequately considered. This act of 'willing' actualizes the self-determination of the person who – as his own master – is able to determine only what he actually possesses.

There is yet another relation which should be presented here because it is strictly connected with the will. The understanding of human self-

determination must also be regarded in the perspective of his self-governance. One can show this phenomenon in a way similar to the above-mentioned: the person is the one who governs himself and, one the other, the one who is governed. Nevertheless, self-governance should not be understood in the sense of self-control but rather as the power to control oneself with relevant corresponding to man's dynamism, i.e. to his power or virtues. Self-governance is rather far more fundamental and far more strictly connected with the inner personal structure of man who must always be distinguished from all other structures and all other beings precisely because he has the capacity of self-governance.

Considering the same issue, medieval philosophers coined an adage: "persona est alteri incommunicabilis". This sentence corresponds to the truth that man owes his structural "inalienability" to the will in so far as it helps to realize self-governance of the person and, by extension, his self-determination. It is in this context that Wojtyła tries to show that self-governance as well as self-possession are strictly related to human self-determination. "Since man's power to govern himself is his distinctive property" – he writes – "it presupposes self-possession and is in a way one of its aspects or its more concrete manifestations. The self-governance that is found in the person is possible only when there is self-possession that is proper to the person [...] Both are realized in an act of self-determination, which is constituted by every real human 'I will'. Because of self-determination every one actually governs himself; he actually exercises that specific power over himself which nobody else can exercise or execute"². It is evident that this quotation clearly explains the very essence of relationships we are considering here.

Every manifestation of dynamism of a person realizes his becoming (*fieri*) as subject and first object of action in a specific way. The two aspects are connected – to some extent – with the person's efficient causality and his consciousness. The psycho-emotional dynamism *allows* one to experience the subject's causality that is accompanied by man's responsibility for his own action. The spiritual nature of man is manifested here, because – as it has already been said – he experiences the ability to make a free choice as the act of his will: 'I could but I need not'³. This spiritual nature should be investigated as a particular capacity due to which man becomes good or evil in a moral sense. Nevertheless, the person – being morally good or evil – becomes good or evil as man.

Thus, human beings are free to act as they will. The transcendence of the subject in relation to the action is based on freedom. The very fact of

transcendence of man – considered with specifically dynamic structure – enables him to guide the action by making it an expression of personality. Therefore, the transcendence of the person can be realized exactly through the act of the will and “this distinguished the human act from and other kind of act which happens in nature and which tends to the simple development of the potentiality proper to the certain kind of being”⁴.

Human activity can be aimed at many particular targets and objects. Nevertheless, man directing himself to various aims and values must also direct himself to himself as the personal goal because the structure of human acting must be considered with its fundamental auto-teleology. Self-determination included in action and in the authentic human causality indicates this dimension of auto-teleology, which finally corresponds to the truth and goodness in their absolute sense (*bonum honestum*). Therefore, human actions reveal the transcendence as – so to speak – another name of the person and his subjectivity⁵.

The transcendence connected to such facts as ‘man acts’ or ‘I act’ can be revealed by the deep penetration into these facts’ internal structure. Man-subject – thanks to his experience – transcends himself turning towards objects, opting for various values and choosing them accordingly. Thus, man appears here with a specific intentional dynamism of the will directed towards some values as objects and aims – dynamism of willing and choice. The object of action is transcendental in relation to the acting subject, and it so with the respect to the value of the action (the aim of choice or willing). Keeping in mind the reflection upon the personal structure of self-determination, one should stress, however, that the transcendence proper to the human act is not yet exhausted by this *horizontal* direction.

Keeping the perspective of human self-determination in mind, it must be said that every conscious decision of the will, matured choice of a concrete value presupposes an objective reference to the truth. Analyzing the very fact of man’s conscience (on the basis of experience of human morality) one is able to show that it makes the judgements about the moral values of our acts (also our will or choices) defining them as morally good or evil. This reference to the truth indicates another dimension of man’s transcendence which – unlike the first one – does not take into account only its horizontal aspect. “This may be designated” – following Wojtyła’s proposition – “as the vertical transcendence, since by virtue of the reference to truth, by virtue of the conscience in which this reference is expressed and made concrete, the man as person achieves a peculiar domination over this action, his choosing and his willing”⁶.

In view of the investigations in the first paragraph about the fundamental significance of the human will, freedom can be identified with self-determination, which is discovered in the will as a property of the person. On the one hand, the experience of 'I could but I need not' has to be considered as the deepest basis for the understanding of self-determination and – on the other hand – it corresponds to the concrete 'I will' as the manifestation of the human freedom. Thus – in order to avoid the deviation into an unwarranted idealism – freedom must be taken into account with its reality, viz. as the real property of man and the attribute of his will⁷. It seems to be very important because in the light of self-determination (with all that self-determination relies upon in the man's structure, that is, self governance and self-possession) we are able to distinguish between the dynamism at the level of the nature and the dynamism on the level of the person. Only the latter contains the necessary factor of self-determination, which leads to a conclusion that the dynamism on the natural level can not be regarded as containing the action in the proper to this reflection sense. Now, the dynamism of instinct has to be more carefully distinguished from that of human self-determination.

Strictly speaking, there are no authentic actions at the level of the dynamism of nature. One may call only "activations" which only happen in man and form the particular whole of his life and his dynamism. Nature identifies itself with this potentiality that consists at the origins of the "activations" themselves. Nevertheless, the sphere of nature must be recognized as broader than the sphere of "activations" because it also includes the integration of these "activations" endowing them with a concrete direction or goal. The subjective basis for both integration and purpose is usually called "instinct" as corresponding to the world of irrational animals. Although, in the individual animal, instinct directs and coordinates what happens in it, there is no aspect of self-determination, that is to say, this unique dependence upon one's own 'I' belonging only to the dynamism of the person.

This distinction shows a clear line which divides within the primary experience the person from nature, the world of persons from – using the traditional terminology – the world of individuals. The latter has the dynamism limited to the level of nature, to some "necessity" (as the conceptual equivalent of the lack of freedom) which corresponds to the dynamism that has instinct as its integrating factor. On the level of the person, the dynamism appears to be quite different – it is the dependence of acting on the 'I' as the foundation for freedom thanks to which he is

dynamized in his own manner. The presence of consciousness and self-determination are the necessary factors in constituting the person in his strictly experiential profile and content. "It is through self-determination that the transcendence of the person in action is justified, whereas the action itself is constituted as the *actus personae* – the act of the person – which we have clearly discriminated from *persona in actu*. Such an action always contains in itself the experiential moment of the dependence"⁸.

Conscience, which is inherent to the freedom of man, reveals a dependence on a specific mode of truth. This dependence must be considered as the fundament of the person's self-dependence, that is, of freedom in its elementary sense of auto-determination. At the same time, it serves as the basis for the transcendence of man in action, which does not only consist in ontological autonomy, or in self-centered dependence on one's own 'I'. The transcendence corresponds also to the indispensable and essential moment of dependence upon truth, which ultimately determines freedom. Thus, human freedom cannot be realized by subordination of the truth but – quite contrary – by the person's surrender to the truth. The dependence upon the truth delineates the borders of the autonomy appropriate to the person who can be free insofar as freedom is the core of his self-dependence that essentially relates to the surrender to truth⁹.

The acknowledgement of the truth (concerning the good) and its realization in action is connected with the realization of the person himself. There are traditional categories that help us understand this dynamical structure of the human being. On the one hand, the efficacy of the person in the action reaches external reality: by *actus humanus* he brings about a change in his environment. This can be called *actio transiens*. On the other hand, by *actus humanus* man changes himself – in a sense – making himself. The intransitive aspect of the action remains in the agent who is modified by it. This can be called *actio immanens* and inasmuch as it is good or evil simultaneously the man who accomplishes the action becomes good or evil¹⁰. The person can transcend his determinisms and properly realize himself as a person only and exactly by conforming himself to the good, which he acknowledges. The correctness to the reference to the good (viz. that one identifies as good what is truly good – *good in truth*) corresponds to the above-mentioned intransitive effect of the action and, consequently, it influences the way in which the ontological kernel of man is modified by it. At this point we are able to conclude with Buttiglione: "*in completing an action the person simultaneously realizes himself*"¹¹.

By the act of choice man takes his position concerning his action achieving, in a sense, a peculiar self-domination. This vertical dimension of human transcendence constitutes itself through the reference to truth, good and beauty in their transcendent and – to some extent – absolute meaning. On the basis of the transcendent reference to values human actions, choices or decisions find their aim (limit) in the man himself. Thus, the person – in such a manner – is an aim for himself, that is, he has self-teleological structure.

It is the reference to the truth that – to a certain extent – contains the “limitation” of the personal structure of self-determination. Achieving this “limitation” man – as the subject of his action – to some degree realizes himself, fulfills his own existence. The personalistic structure of that fulfillment corresponds to the self-teleology of man on the grounds of experience – especially the experience of human conscience. Its greatness stems from telling the truth and being righteous. “If such a voice” – writes Wojtyła – “is called ‘the voice of God’, it is because it reveals in what way man not only ‘transcends’ the horizontal limits of his subject, but also ‘outgrows himself’, thus attaining simultaneously a profound conformity with himself. And precisely this conformity with oneself, which is realized on the basis of the transcendence of the person, of the transcendental relation to truth, enters as it were the definition of self-fulfillment, or in other words, the self-teleology of man”¹².

The analysis of the human conscience shows a strict correlation between transcendence and the fulfillment of the person. The problem we are interested in now is not only that of conscience which participates in the dynamism of action but – most of all – that of the human fulfillment in action. This particular perspective helps us grasp the specific vitality of the human conscience and its purely personalistic sense. On the one hand, man is able to fulfill himself and – as “somebody” – may become good. On the other hand – man may not achieve his fulfillment when he becomes bad as a person. This contraposition can be understood only on the axiological level of investigation because on the ontological level every action is some kind of person’s fulfillment¹³.

It follows that a person’s fulfillment can be achieved only through the dependence of action on the transcendentals: truth, goodness and beauty. That specific dependence – through the sense of duty – appears to us as an internal criterion evaluating experience. Such an evaluation, in turn, appears as a requirement of the faithfulness which the person owes rather to

his self-realization than to (not always conscious) his subordination to the natural law. The human consciousness plays a very active role here: it is not only restricted to reflecting the action but it introduces it into the person through the value judgement which is extended to the person himself. Man experiences through the action either self-realization or its lack and precisely through the value judgements (interiorized by consciousness) morality becomes his constitutive element. Consciousness, in its moral dimension, is directly concentrated on the process through which man intends to truth. "All other values" – writes Buttiglione – "are perceived in relation to the truth and this creates the person's transcendence. Loyalty toward the truth has a logical and speculative character and even an aesthetic element, but it is predominantly ethical. Loyalty toward the truth is at the same time human loyalty toward self-realization through action"¹⁴.

There is a "moment of the absolute" in the man's self-fulfillment demanded by the whole personalistic structure of self-determination. The person's self-fulfillment in the act can be realized only on the basis of the absoluteness of the truth. Man, however, is simultaneously aware of his own non-absoluteness because of his contingency, limitations and the relativity of human being. Thanks to the ability self-transcendence the subject of self-fulfillment does not stand "beyond good and evil". On the contrary, human experience shows that precisely through the relation to the truth man "outgrows himself" in order to possess himself and make the personal self-fulfillment possible. Thus, the human being is permanently an assignment to himself. Man is imposed upon himself as a task which in concrete situation corresponds to the new choice, new act of will and rational decision¹⁵.

Therefore, the general obligation towards the truth and goodness should be considered as the sufficient condition for the realization of the personal self-fulfillment. That obligation also constitutes the essence of human freedom. The conscious recognition of what is truly good leads to the obligation of its realization for the sake of a person's self-fulfillment: man has to bring goodness into reality. One can say that the normative order is grounded on the relation between truth and freedom. On the other hand, the duty of the person toward himself and his own self-realization must be regarded as the foundation of all human duties. All man's duties towards other people and towards normative impersonal orders are – to some extent – of a secondary importance to the basic duty which man has towards himself.

According to this view, the moment of objectivity is made immanent to

the subject: the affirmation of the objective makes the personal realization possible. Although, the contrary is also true because “the objectively right norm must be realized as such in the conscience of the subject, and must be lived as an indication of his own good to realize his own moral value. The good of the subject consists in living in truth, in which the true value of the object is the genuine experience of life”¹⁶.

Regarding man's duty of life in truth, Wojtyła points out that the passage from value to obligation requires a separate consideration. What he wants to stress is the conviction that even the prohibitive nature of many moral norms does not exclude their value in any way. The negative form of expression in the commandments of the Decalogue, for instance, to some extent reveals the values of human life more completely. Furthermore, the negative passage from value to obligation, which is very characteristic for morality and legislation, does not seem to be the only and the most important one. On the contrary – as the Author of *The Acting Person* notices – the positive way appears as much more important and there is the best example of it in the Evangelical commandment: “Thou shalt love”. In that way the obligation is derived from the value of the person, from its intrinsic content and attractive power. Nevertheless, the content and the attractiveness of a value are, so to speak, checked at the threshold of the person's innerness erected by the conscience. The human conscience, in turn, tests the truthfulness of goodness manifested in the value, and it is from that truthfulness that the eventuality of the obligation begins¹⁷.

The obligation – in contrast to the cognitive process – introduces the person through his actions into the (broadly conceived) extrapersonal reality. In its context man – by his obligations – becomes the subject of what can be called *dramatis persona*. Only inside that unique drama of values and obligations he is able to fulfill himself as a person. The fulfillment appears to be more mature, more profound and radical as the participation in the drama of values and obligations is deeper and more conscious. “Obligation” – writes Wojtyła – “appears capable of telling much about the transcendence of the person. It brings into view, on the one hand, the reality of this transcendence and, on the other hand, its equally real limits, the limits of the reality within which man is to fulfill himself. Being a specific structure of self-governance and self-possession the person realizes himself most adequately in his obligations”¹⁸.

Reflection upon human obligations naturally leads us to the problem of responsibility. In the light of obligations responsibility can be considered

much deeper than only in that of the causality of the person in action. Man is responsible not only for what he does but rather for the fidelity or infidelity to what he has the obligation to do. An etymological analysis reveals that in the word responsibility one is able to find the root “respondeo” (I answer) which should be understood in a twofold way. On the one hand, there is a response to values on the basis of human openness on account of their attractiveness. On the other hand, there is a matter of compatibility of human action with the truth. Therefore, the responsibility manifests itself when man responds to the value and tends towards it taking into account the truth of the value and that of the person himself⁹.

Responsibility corresponds to the experience of the obligation: I have to do something because I am responsible for it. Responsibility is really founded on the obligation which is borne out by experience: I am responsible because I acknowledge the truth of the value and my obligation towards it. The person is responsible for the realization of the values but simultaneously he is responsible for the realization of himself as the personal value. The latter responsibility seems to have a priority because no value can be realized without bringing it about in the person who – in that way – realizes himself.

Therefore, man is responsible to himself for the realization of values – most of all for that value which he is alone as the person. His transcendence does not cancel – as it has been presented above – the responsibility towards the objective moral order and towards God. On the contrary because precisely thanks to the transcendence man can respect the objective order of values realizing his own personality. Buttiglione notes that however there is also a responsibility towards others, it must be regarded as founded on the person's responsibility toward himself. “In sum” – he concludes – “the person is a subject which is responsible but is also the object of responsibility and is the subject toward which one is responsible”²⁰.

Considerations in the perspective of personal self-fulfillment seem to lead directly to the reflection upon human happiness. This theme was classically included in the philosophy of man. Respecting the traditional way of its understanding Wojtyła shows that the self-fulfillment of the person corresponds rather to what we call felicity since its notion is appears as something akin to fulfillment of the self through action. To fulfill oneself – that is to realize the good becoming good as a person – is almost synonymous with felicity. Nevertheless, the persons do not achieve felicity through the performance action ipso facto. Recalling the above

presented investigations one can perceive that the sphere of felicity should be considered in the context of what is internal and intransitive in the action (the vertical transcendence). Many various aspects among which the truth and freedom appear as the most important constitute self-fulfillment of the person. Freedom alone, however (expressed in the simple 'I could but I need not') seems to be insufficient condition for felicity. It has to be identified not with the availability of freedom as such but rather with the fulfillment of freedom through truth. The realization of human freedom in the relation to truth "is equivalent to the fulfillment of the person. It is the fulfillment that plays the role of creating the state of felicity of the person"²¹.

The concept of transcendence – especially the vertical transcendence – serves the understanding of the man's structure manifested itself in the whole of experimental fact 'man acts'. The one who acts is the person, viz. "somebody" who can be revealed more fully through his action. Man shows himself as able to realize self-determination in which he experiences freedom. The latter is expressed by efficacy leading to responsibility, which reveals the dependence of freedom upon truth. This relation between freedom and truth, in turn, constitutes the authentic sense of conscience as the decisive factor for the person's transcendence in the action. Therefore, one can say that transcendence determines the person's specific domination of himself and his dynamism. This superiority results in self-possession and self-governance which – regarded as virtues of man – allow to define him "somebody"²² from the very beginning of his existence²³.

NOTE

¹K. Wojtyła, *The Acting Person*, trans. by A. Potocki, Dordrecht, Boston, London 1979, p. 105.

² Ibid., pp. 106-107.

³ R. Buttiglione, *Kilka uwag o sposobie czytania 'Osoby i czynu' (Some remarks on the method of reading 'The Acting Person')*, in: *Osoba i czyn oraz inne studia antropologiczne (The Acting Person and Other Anthropological Studies)*, ed. T. Styczeń, W. Chudy and others, Lublin 1994, p. 17.

⁴ Ibid., *Karol Wojtyła: The Thought of the Man Who Became Pope John Paul II*, trans. P. Guietti, F. Murphy, Michigan/Cambridge 1997, p. 141.

⁵ Cf. Wojtyła, *The Person: Subject and Community*, in his: *Person and Community: Selected Essays (Catholic Thought from Lublin, vol. 4)*, trans. T. Sandok, New York/Berlin/Bern/Frankfurt/Paris/Wien 1993, p. 230.

⁶ Ibid., *The Transcendence of the Person in Action and Man's Self-Teleology*, "Analecta Husserliana" 9:1979 (*The Teleologies in Husserlian Phenomenology - The irreducible element in man*, part III), pp. 207-208; see also his: *The Acting Person*, p. 119.

⁷ Cf. W. Półtawska, *Koncepcja samoposiadania – podstawą psychoterapii obiektywizującej (The concept of Self-Possession as the Foundation of Objective Psychotherapy)*, "Analecta Cracoviensia" 5-6:1973-1974, pp. 234-235.

⁸ Wojtyła, *The Acting Person*, p. 118.

⁹ Cf. Ibid., pp. 154-155.

¹⁰ See: G. Meyer, *Actio immanens, actio transiens*, in: *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, vol. I, ed. J. Ritter, Darmstadt 1971, kol. 76-78.

¹¹ Buttiglione, *Karol Wojtyła*, pp. 149-150.

¹² Wojtyła, *The Transcendence of the Person in Action*, p. 209.

¹³ Cf. Ibid., *The Acting Person*, p. 153.

¹⁴ Buttiglione, *Karol Wojtyła*, p. 151.

¹⁵ Cf. Wojtyła, *The Transcendence of the Person in Action*, p. 209.

¹⁶ Buttiglione, *Karol Wojtyła*, p. 152.

¹⁷ Cf. Wojtyła, *The Acting Person*, p. 167.

¹⁸ Ibid., pp. 168-169.

¹⁹ A very interesting (and quite close to Wojtyła's) reflection concerning the foundation of responsibility and values can be found in the book of Roman Ingarden: *Książeczka o człowieku (The Little Book about Man)*, Kraków 1972, pp. 105-119.

²⁰ Buttiglione, *Karol Wojtyła*, p. 153.

²¹ Wojtyła, *The Acting Person*, p. 175.

²² J. Gałkowski, *Osoba i wspólnota (Person and Community - Essay on Anthropology of Card. Karol Wojtyła)*, „Roczniki Nauk Społecznych” 7:1980, p. 62.

²³ Cf. Wojtyła, *The Acting Person*, p. 180.

La devoluzione testamentaria in arbitrato delle controversie ereditarie

Pasquale Laghi

SOMMARIO: 1. PREMESSA E DETERMINAZIONE DELL'AMBITO DELL'INDAGINE. – 2. LA RICONDUCIBILITÀ DELLA CLAUSOLA ARBITRALE TRA LE DICHIARAZIONI ASTRATTAMENTE SUSCETTIBILI D'ESSER RICOMPRESE NEL CONTENUTO DELL'ATTO DI ULTIMA VOLONTÀ. – 3. ARBITRATO E TESTAMENTO: SUPERAMENTO DELLA TESI DELLA NECESSARIA ORIGINE CONVENZIONALE DELLA CLAUSOLA ARBITRALE. LA RILETTURA DEL PRINCIPIO DI IDENTITÀ DELLE PARTI DELL'ARBITRATO ALLA LUCE DELLA TRASMISSIBILITÀ DEI RAPPORTI GIURIDICI DEL DE CUIUS. – 3.1. (SEGUE). IL SUPERAMENTO DEL DIVIETO DI ARBITRATO OBBLIGATORIO PER MEZZO DELL'ACCETTAZIONE DELL'EREDITÀ O DEL MANCATO RIFIUTO DEL LEGATO. – 3.2. (SEGUE). IL PROBLEMA DELLA COMPATIBILITÀ DELLA FORMA DELLA DISPOSIZIONE TESTAMENTARIA D'ARBITRATO CON IL FORMALISMO RICHiesto AI FINI DELLA VALIDITÀ DEL COMPROMESSO. – 4. CLAUSOLA ARBITRALE E PRINCIPIO DI PERSONALITÀ DELLA DICHIARAZIONE TESTAMENTARIA. – 5. DISPOSIZIONE TESTAMENTARIA D'ARBITRATO E TUTELA DEI LEGITTIMARI; ESEGESI DELL'ART. 549 C.C. E SUPERAMENTO DELL'IMPOSTAZIONE RESTRITTIVA. LA COMPATIBILITÀ CON IL DIVIETO DI PATTI SUCCESSORI EX ART. 458 C.C. – 5.1. (SEGUE). LA CLAUSOLA D'ARBITRATO IRRITUALE: CONDIZIONI DI AMMISSIBILITÀ E LIMITI ALLA DISCREZIONALITÀ LIBERA DELL'ARBITRO. – 6. LA DISPOSIZIONE ARBITRALE ED I TERZI. – 7. L'INDIVIDUAZIONE DEGLI ARBITRI E L'INCOMPATIBILITÀ ALLA FUNZIONE ARBITRALE DELL'ESECUTORE TESTAMENTARIO. – 8. LIMITI OGGETTIVI ALL'ARBITRABILITÀ DELLE LITI SUCCESSORIE. – 9. LA CLAUSOLA ARBITRALE TRA ELEMENTI INCIDENTALI DEL NEGOZIO MORTIS CAUSA E DISPOSIZIONI A TITOLO PARTICOLARE. – 9.1. (SEGUE). LA CONFIGURAZIONE DELLA CLAUSOLA ARBITRALE QUALE DISPOSIZIONE «INNOMINATA» CONVERGENTE NELL'UNITARIETÀ FUNZIONALE DEL TESTAMENTO. L'IMMEDIATEZZA DEGLI EFFETTI NEI CONFRONTI DEL CHIAMATO QUALE PRESUPPOSTO PER LA VALUTAZIONE INDIVIDUALIZZATA DI MERITEVOLEZZA. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

1. Tra le molteplici declinazioni che l'autonomia testamentaria può conoscere in relazione alla regolamentazione concreta dell'assetto di interessi facenti capo al *de cuius* per il momento in cui avrà cessato di vivere, crescente attenzione – sospinta dall'attuale crisi del sistema statale di giustizia ordinaria – iniziano a rivestire quelle manifestazioni volitive volte ad imporre ai destinatari delle disposizioni di ultima volontà il ricorso a strumenti alternativi di risoluzione delle controversie, secondo modalità e configurazioni differenti.

Le questioni che emergono con riguardo al rapporto tra arbitrato e testamento possono essere sinteticamente ascritte a tre diversi ordini di problemi, concernenti: l'inquadramento della disposizione d'arbitrato nel contesto del contenuto del negozio di ultima volontà in relazione alle rispettive funzioni e caratterizzazioni, soprattutto per ciò che attiene alle articolazioni che la clausola *de qua* assume nelle varianti del compromesso e della clausola compromissoria; la validità della medesima alla luce dei limiti posti dalla legge all'autonomia successoria del *de cuius* e di quelli derivanti dai valori fondamentali dell'ordinamento; la classificazione della disposizione arbitrale nell'ambito delle consuete categorie del diritto successorio, da cui dipenderà il regime giuridico applicabile circa le conseguenze derivanti sulla conservazione del lascito nell'ipotesi di suo inadempimento da parte degli onerati.

Va da sé che è esclusa dalla presente indagine ogni discettazione concernente l'operatività, nei confronti del successore, della clausola arbitrale contemplata in un contratto intercorso tra il testatore ed un terzo, pacificamente vincolante anche rispetto all'erede ed al legatario, in virtù del principio di trasmissibilità dei rapporti patrimoniali facenti capo al *de cuius*, della cui validità non v'è ragione od indice normativo che induca a dubitare relativamente al compromesso ed alla clausola compromissoria che, da parte loro, accedono ad un vincolo già in essere, il quale non trova la sua fonte nell'atto di ultima volontà¹.

La trattazione progressiva delle questioni emarginate implica con tutta evidenza l'adozione di un criterio metodologico che, da un lato, tenda a creare una connessione tra gli istituti in analisi, tracciandone i profili di compatibilità alla luce delle caratterizzazioni tecniche e dogmatiche tradizionalmente ascritte a ciascuno di essi, e che, dall'altro, tenga in debito conto il *favor* normativo accordato allo strumento arbitrale nel contesto dei sistemi di risoluzione delle controversie alternativi al circuito delle giurisdizione statale, rispetto ai quali si profila una sostanziale «equivalenza» e «fungibilità», con il vantaggio di assicurare una più intensa «flessibilità» procedurale, assistita dalle «analoghe garanzie del giusto processo»².

2. Il problema dell'ammissibilità della disposizione testamentaria d'arbitrato impone in via del tutto preliminare di stabilire se la stessa possa essere inclusa nel novero delle dichiarazioni quanto meno astrattamente suscettibili d'esser ricomprese nel contenuto dell'atto di ultima volontà.

Come noto, l'impostazione tradizionale delimitava il contenuto «tipico» del testamento alle sole disposizioni patrimoniali costituite dall'istituzione d'erede o di legatario, ciò sulla scorta dell'inciso testuale di cui all'art. 588 c.c., che le riconduceva a tale accezione categoriale qualunque ne fosse «l'espressione o la denominazione usata», nonché del rilievo secondo cui l'art. 587, comma 2, c.c., sancendo l'efficacia delle disposizioni non patrimoniali contenute in un atto avente la «forma» di testamento, avrebbe limitato in tal caso la funzione di quest'ultimo a quella di mero veicolo di esternazione, escludendone di fatto il carattere negoziale³.

Da quanto sopra, le conseguenze disciplinari concrete erano da individuarsi: nella tassatività delle dichiarazioni non patrimoniali e nella circoscrizione del c.d. contenuto «atipico» del testamento alle sole disposizioni che, malgrado predeterminate dal legislatore, non si inserivano nell'atto *mortis causa* quale «negozio», ma ne sfruttavano il solo profilo formale ai fini della loro estrinsecazione⁴.

La criticità di tale ricostruzione è stata condivisibilmente argomentata da chi ha posto in evidenza come l'art. 587, comma 2, c.c. non avrebbe la finalità di statuire l'inammissibilità di disposizioni a contenuto non tipizzato, ma soltanto di risolvere un problema di «forma», per quanto riguarda quelle disposizioni non patrimoniali «per cui è lo stesso sistema positivo a richiedere che esse debbano, per la loro validità, essere contenute in testamento»⁵.

L'autonomia testamentaria, pertanto, potrebbe protendere verso esplicazioni più ampie, eccedenti la nomenclatura positiva, incontrando i soli limiti di compatibilità con i principi inderogabili dell'ordinamento⁶, sicché il controllo sul potere regolamentare del *de cuius*, andrebbe a focalizzarsi sul piano sostanziale, attinente cioè all'assetto degli interessi concretamente realizzato dalla disposizione, e non già su quello strutturale, inerente alla rispondenza o meno della stessa ad uno schema «tipico».

Siffatta impostazione consente, quindi, almeno in astratto di affermare l'ammissibilità della disposizione arbitrale la quale, malgrado non predeterminata legislativamente potrebbe inserirsi nel contenuto del testamento, essendo, peraltro, rispondente ad una finalità meritevole di tutela e coerente con il *favor* normativo volto ad ampliare l'ambito oggettivo di operatività della giustizia privata.

3. L'accostamento tematico di arbitrato e testamento non v'è dubbio che possa apparire di primo impatto contraddittorio, in quanto riferito ad istituti dalle caratteristiche tendenzialmente inconciliabili, atteso che il primo presuppone un assetto negoziale (quanto meno) bilaterale collocandosi in una dimensione convenzionale, mentre il secondo implica una rigorosa struttura unilaterale, come dimostrato dal divieto di patti successori e di testamento congiuntivo e reciproco⁷.

Proprio in tale elementare (oltre che superficiale) differenziazione descrittiva risiedono i primi ostacoli all'ammissibilità della disposizione testamentaria d'arbitrato, rafforzati dal difetto, nell'ipotesi in commento, del requisito dell'«identità», tradizionalmente connaturato alla clausola compromissoria, tra i soggetti che la pongono in essere e quelli tra i quali sorgeranno le liti da demandare alla cognizione di giudici privati⁸.

A ben vedere, un'indagine più approfondita porta a superare il prefato orientamento negazionista, enucleando svariati punti di compatibilità tra le fattispecie in esame, alcuni dei quali già segnalati dalla dottrina più risalente ed avvalorati dalle innovazioni normative che recentemente hanno ampliato l'ambito materiale di operatività della giustizia arbitrale⁹.

In una simile prospettiva, la circostanza per la quale il codice processuale all'art. 808 si esprima in termini di «parti» e di «convenzione di arbitrato», non può essere considerata isolatamente, dovendosi, per contro, porre in relazione sistematica con il disposto di cui all'art. 808 *bis* c.p.c. – introdotto con il d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 – che, innovando il precedente assetto disciplinare, ammette la cognizione arbitrale anche in materia non contrattuale.

Al riguardo – malgrado sia stato mantenuto il riferimento ad un accordo tra le parti circa la devoluzione delle controversie ad arbitri privati – in assenza di un esplicito divieto normativo, deve ritenersi che la fonte convenzionale, nonostante a livello casistico più frequente, non sia imprescindibile, ben potendo originarsi la disposizione arbitrale in un negozio unilaterale o, comunque, a struttura non contrattuale¹⁰.

Del resto, quando il legislatore ha voluto escludere la fonte testamentaria dall'idoneità ad ingenerare specifici rapporti giuridici, lo ha espressamente previsto, come dimostrato dal disposto di cui all'art. 2821, comma 2, c.c., nel quale viene negata la possibilità di concedere ipoteca attraverso l'atto di ultima volontà¹¹.

Deve, quindi, ritenersi che il limite alla compromettibilità delle controversie in arbitrato non stia tanto nella natura dell'atto da cui origina la relativa clausola, quanto piuttosto nell'effettiva disponibilità dei diritti su

cui essa interviene, in piena armonia con lo spirito della riforma del 2006.

In questo senso, appare evanescente l'obiezione – espressione di un approccio meramente processuale che prescinde da ogni considerazione sostanziale – secondo cui l'inammissibilità della disposizione testamentaria d'arbitrato deriverebbe dalla lesione del principio di stretta identità tra i soggetti stipulanti la clausola devolutiva e quelli che saranno parti del futuro rapporto litigioso, sulla scorta del rilievo per il quale «la rinuncia alla giurisdizione non può essere fatta validamente se non dal soggetto interessato a giovarsene»¹².

Infatti, molteplici sono gli indicatori di segno contrario rispetto all'emarginata posizione negazionista che possono trarsi tanto sul piano sistematico che su quello più direttamente riferibile alla disciplina successoria. Sotto il primo profilo, non v'è dubbio alcuno sull'operatività, nei confronti del terzo beneficiario, della clausola compromissoria contemplata nel contratto stipulato *ex art.* 1411 c.c. tra stipulante e promittente. Con riferimento all'ambito ereditario, depone nello stesso versante la vigenza del «principio di trasmissibilità del rapporto compromissorio», che pur accedendo alla diversa questione del subentro del successore nella relazione contrattuale di cui era già parte il *de cuius*, esclude di fatto la necessità di un nesso di stretta coincidenza «personale» dei soggetti tra i quali opera la rinuncia alla giurisdizione ordinaria in favore di quella privata. Ben più pregnante è, infine, il rilievo secondo cui l'accettazione dell'eredità ovvero la mancata rinuncia al legato, determinano la confusione della posizione giuridica del testatore con quella dell'istituto (nella sua totalità ovvero nel diritto oggetto di disposizione a titolo particolare), così da realizzare l'adeguamento integrale alla volontà del testatore e, di conseguenza, anche alla sua declinazione espressa nella clausola arbitrale.

Tali assunti, del resto, sono stati confermati anche dalla giurisprudenza di legittimità che ha avuto modo di riconoscere come il subingresso di un soggetto nella condizione giuridica di uno dei compromettenti, possa generarsi dall'origine, allorquando colui che è «vincolato alla clausola, crea il diritto o il rapporto, e lo riferisce sin dall'inizio ad altro soggetto»¹³.

Siffatta conclusione consente di risolvere anche le questioni che potrebbero sorgere sul piano dell'ammissibilità con riguardo alla configurazione specifica che la disposizione d'arbitrato può assumere nel testamento, atteso che la stessa potrebbe atteggiarsi a «clausola compromissoria» – realizzando l'immediata ed automatica devoluzione ad arbitri di tutte le controversie legate all'interpretazione ed all'esecuzione del negozio di ultima volontà – ovvero a mera «clausola arbitrale»,

limitandosi, cioè, ad imporre ai destinatari di addivenire alla stipulazione di un «compromesso» d'arbitrato per l'ipotesi di insorgende liti attinenti al procedimento devolutivo dell'eredità.

Ebbene, in assenza di alcun divieto legislativo, non si riscontrano ostacoli alla validità di entrambe le fattispecie emarginate, a nulla rilevando la circostanza per la quale nella prima la fonte della competenza arbitrale ed il termine di riferimento oggettivo per l'individuazione delle controversie in essa ricadenti è costituito dalla disposizione testamentaria, mentre nel secondo caso dal «compromesso» a cui gli onerati dalla clausola testamentaria sono addivenuti, attesa la natura derogabile del principio di identità alla luce della trasmissibilità successoria dei rapporti facenti capo al *de cuius* e l'idoneità di una fonte unilaterale a declinare la giurisdizione ordinaria.

3.1. (*segue*). La vincolatività della clausola arbitrale contenuta in testamento potrebbe destare alcune perplessità circa la sua compatibilità con il divieto di arbitrato obbligatorio – ormai pacificamente riconosciuto dalla Consulta e dalla susseguente giurisprudenza adesiva¹⁴ –, in quanto deriverebbe da un atto unilaterale formato da un terzo (il testatore) destinato ad imporsi immediatamente sui destinatari della stessa, annullando di fatto la libertà di scelta di questi ultimi di declinare la giurisdizione statale in favore di quella privata, con conseguente lesione delle garanzie riconosciute nell'art. 24 cost.

Libertà di scelta che – è bene sottolinearlo – nella ricostruzione costituzionale assume un ruolo cardine, rappresentando il nesso di collegamento tra «l'autonomia privata e il ricorso alla procedura arbitrale», in virtù del quale è riconosciuto alla prima di incidere su rapporti di natura tanto sostanziale quanto processuale, sul presupposto della disponibilità del diritto ad essi sotteso¹⁵.

Ciò considerato, è indiscutibile – coerentemente ai principi generali che regolano le forme di manifestazione di volontà – che la predetta libertà dei singoli di optare per un sistema arbitrale di risoluzione delle liti possa estrinsecarsi, tanto mediante atti volitivi espressamente diretti alla scelta del modello di giustizia privata, quanto con atti negativi «di rifiuto della procedura arbitrale»¹⁶.

Pertanto, non sembra possa ravvisarsi alcuna lesione del canone costituzionale di cui all'art. 24 cost., da parte della clausola testamentaria d'arbitrato sotto il profilo della compressione del diritto inviolabile dei chiamati alla tutela giurisdizionale. Infatti, la libertà di scelta dell'erede o del legatario è preservata ed ottiene un margine apprezzabile di spazio; ciò,

in quanto l'onerato della disposizione arbitrale è vincolato da quest'ultima solo a seguito dell'accettazione dell'eredità o del mancato rifiuto del legato, che conseguentemente rappresentano delle manifestazioni volitive idonee a realizzare l'adeguamento della propria volontà a quella del *de cuius* e, quindi, espressive della libertà di scelta nel senso del circuito di giustizia arbitrale. La possibilità contraria – che permette di escludere il ricorso di una forma di arbitrato obbligatorio ed assicura il ruolo legittimante dell'autonomia individuale del chiamato – è, del resto, fatta salva e consiste nel rifiuto dell'eredità o nella rinuncia al legato¹⁷.

3.2. (*segue*). In ordine alla validità della clausola arbitrale contenuta in un testamento potrebbero sorgere dei dubbi con riferimento all'idoneità del formalismo successorio a soddisfare i requisiti di forma stabiliti ed imposti dal codice processuale con riguardo al compromesso, ai sensi di quanto stabilito dall'art. 807, commi 1 e 2, c.p.c. che ne prescrive la modalità vincolata *ad substantiam*.

Il problema deriverebbe dal fatto che non necessariamente l'accettazione dell'eredità avviene per mezzo di un atto avente forma scritta – ben potendo estrinsecarsi tacitamente (*ex art. 476 c.c.*) – mentre, per il legato è addirittura automatica (*ex art. 649 c.c.*) operando dal momento dell'apertura della successione, con la conseguenza che i beneficiari «si troverebbero ad essere vincolati al giudizio arbitrale anche in assenza di un loro consenso scritto»¹⁸.

La questione in realtà ha una rilevanza meramente apparente: il formalismo successorio, infatti, trova una propria *ratio* sistematica nelle peculiarità del fenomeno ereditario, in cui l'esigenza di dover sempre assicurare la continuità dei rapporti giuridici e la loro imputabilità ad un soggetto induce a derogare ai criteri che sottendono alla disciplina delle forme prevista per la validità dei trasferimenti *inter vivos*.

Pertanto, ai fini della validità ed efficacia della disposizione arbitrale contenuta in testamento non potrà configurarsi alcun obbligo di accettazione per iscritto del lascito da parte dell'erede o del legatario, dovendo ritenersi prevalente, in ragione della natura *mortis causa* del negozio a cui la clausola accede, la regolamentazione che presiede al formalismo successorio rispetto a quella stabilita dall'art. 807 c.p.c., la cui rispondenza al soddisfacimento dell'esigenza di certezza sottesa al sistema vincolistico, peraltro, si presenta di intensità maggiore – come segnalato da attenta dottrina – rispetto a quanto prescritto dal codice processuale¹⁹.

4. L'orientamento contrario all'ammissibilità della clausola arbitrale nel contenuto del negozio di ultima volontà ha ottenuto ulteriore sostegno da parte di chi ha ritenuto di poterne argomentare la contrarietà al «principio della personalità della dichiarazione» che – come in precedenza accennato – rappresenta uno dei maggiori fondamenti teorici sottesi all'intero sistema successorio, in virtù del quale la disposizione testamentaria deve essere riferibile esclusivamente al *de cuius*, identificando compiutamente il suo destinatario, nonché l'oggetto della devoluzione²⁰.

In tal senso depongono le previsioni di cui agli artt. 628, 631 e 632 c.c., richiamate nella presente sede per la loro apparente inconciliabilità disciplinare con la statuizione d'arbitrato.

La situazione di conflitto è agevolmente superabile con riguardo alla prima delle menzionate norme – secondo cui «è nulla ogni disposizione fatta a favore di persona che sia indicata in modo da non poter essere determinata» – in quanto la dichiarazione testamentaria in esame non è destinata a realizzare un'attribuzione ovvero a produrre un'incidenza diretta sulla devoluzione del patrimonio relitto, ponendosi quale volizione ad operatività eventuale, ossia subordinata all'insorgenza di liti connesse all'interpretazione od all'esecuzione del testamento tra i soggetti chiamati alla successione, sicché la stessa non può ritenersi incompleta o generica, atteso che integra la sua finalità nella declinazione della giurisdizione statuale in favore di quella privata²¹.

Considerazioni in parte simili devono svolgersi per ciò che concerne il supposto conflitto della clausola arbitrale con gli artt. 631 – «*disposizioni rimesse all'arbitrio del terzo*» – e 632 c.c. – «*determinazione di legato per arbitrio altrui*» –, che, da parte loro, sanciscono l'invalidità delle dichiarazioni testamentarie con le quali si fa dipendere dall'arbitrio di un terzo l'indicazione dell'erede o del legatario, ovvero la determinazione della quota d'eredità, nonché, nel secondo caso, l'oggetto o la quantità del legato²².

Ebbene, nonostante gli articoli menzionati contemplino delle debite eccezioni al principio di personalità consentendo il ricorso al c.d. arbitraggio²³ – si pensi all'ammissibilità della volizione che rimette ad un terzo la scelta del beneficiario tra «più persone determinate dal testatore o appartenenti a famiglie o categorie da lui determinate» così come tra enti (art. 631, comma 2, c.c.) o del c.d. legato remunerativo (art. 632, comma 2, c.c.) –, non si vede come possa estendersene lo spettro previsionale anche alla clausola d'arbitrato, tenuto conto che quest'ultima non accede né alla determinazione dell'oggetto della disposizione, né a quella dell'erede o

legatario, circoscrivendo la propria funzione soltanto alla definizione di una modalità alternativa di cognizione, rispetto a quelle del circuito giurisdizionale ordinario, per le liti che potrebbero sorgere tra i beneficiari nella fase devolutiva. Se ne deduce che la disposizione arbitrale non incide nel momento genetico dell'attribuzione, ossia nella formazione della volontà dispositiva del *de cuius* (a cui sono riferite le norme contenute negli artt. 631 e 632 c.c.), ma in quello esecutivo, attinente, cioè, la realizzazione concreta dell'attribuzione²⁴.

5. Secondo l'orientamento dottrinale tradizionale, pur riconoscendosi l'ammissibilità della disposizione testamentaria d'arbitrato, questa troverebbe un limite di validità nelle previsioni codicistiche poste a tutela degli eredi necessari e segnatamente nella norma di cui all'art. 549 c.c., in virtù della quale il testatore «non può imporre pesi o condizioni» sulla quota di riserva – ritenendosi incluse in tale formula le menomazioni di ordine quantitativo – la cui nozione è stata intesa in senso talmente ampio da ricomprendere «ogni disposizione che diminuisca, *vel in quantitate vel in tempore* i diritti riservati ai legittimari» o, che, in ogni caso, «modifichi la loro posizione giuridica» con riguardo ai beni ricadenti nella porzione indisponibile²⁵. Alla violazione del divieto, pertanto, fa seguito la censura della nullità della clausola viziata a differenza di quanto accade per le disposizioni attributive lesive della legittima, perfettamente valide ed efficaci, ma suscettibili di riduzione nei limiti della reintegrazione della porzione spettante all'erede necessario che ha azionato il rimedio (*ex artt. 553 c.c. e ss.*)²⁶.

Posto che la disposizione testamentaria d'arbitrato non può – essendo sprovvista di efficacia devolutiva di diritti – rientrare nella seconda delle menzionate categorie, il problema dell'estensione della sua operatività anche nei confronti dei legittimari, impone la definizione delle caratteristiche strutturali e funzionali della stessa e la loro proiezione in termini di compatibilità con il testo di cui all'art. 549 c.c.

Muovendo da tale ultimo aspetto, occorre evidenziare come le nozioni di «pesi» e «condizioni» stiano ad alludere ad una statuizione volitiva del *de cuius* (ad esempio l'apposizione di un *modus* o di una condizione) la cui finalità è quella di limitare la posizione che l'ordinamento assicura al riservatario, solo eventualmente realizzando in via indiretta un'attribuzione in favore di terzi soggetti (come nell'ipotesi della clausola di diseredazione)²⁷.

Ciò considerato è indubitabile che la clausola arbitrale non incida sulla situazione giuridica sostanziale del legittimario, poiché non intacca

minimamente la sua posizione patrimoniale, andando esclusivamente ad «individuare un rimedio processuale alternativo», rispetto al quale, da un lato, sono riscontrabili i consueti vantaggi pratici propri dell'arbitrato, quali la «celerità», la «competenza» e la «riservatezza»²⁸ e, dall'altro, è stato manifestato un chiaro *favor* normativo con l'inserimento dell'art. 808-*bis* c.p.c., che ha esteso l'arbitrabilità anche alle controversie incidenti su materie non contrattuali, nelle quali devono ritenersi ricadenti tutte le «situazioni ereditarie» nascenti dall'interpretazione ed esecuzione del testamento, ad esclusione di quelle riguardanti soggetti terzi ovvero involgenti anche un prevalente interesse pubblico²⁹.

Inoltre, la disposizione in commento non pregiudica il diritto alla tutela giurisdizionale degli eredi necessari, i quali, ove abbiano da muovere doglianze nei confronti del lodo emesso dagli arbitri, ben potranno impugnarlo in appello per nullità e successivamente, in sede di legittimità, per violazione di norme giuridiche che, come noto, non sono suscettibili di deroga neanche nell'arbitrato equitativo.

A sostegno della validità della clausola d'arbitrato, anche nel frangente in commento, si pongono le ulteriori considerazioni legate alla diversificazione tra la natura e gli effetti ad essa riconducibili. Se, infatti, è innegabile che questa tragga origine in una statuizione d'ordine negoziale (nel caso che ci occupa nel testamento), perciò collocata in un ambito a rilevanza «sostanziale», è altrettanto indiscutibile – anche sulla base del dato sistematico – che essa produca i propri effetti su di un piano squisitamente processuale, come confermato dalla natura di eccezione di rito e non di merito riconosciuta alla censura attinente al difetto di competenza dell'autorità giurisdizionale ordinaria ai sensi dell'art. 819-*ter*, comma 1, c.p.c. – e pertanto soggetta al regime decadenziale proprio delle eccezioni processuali – opportunamente evidenziata in dottrina³⁰.

Ne deriva, quindi, l'insostenibilità della tesi contraria tendente ad affermare l'invalidità della disposizione testamentaria arbitrale con riguardo ai legittimari, sulla base della riconduzione della stessa nel contesto previsionale di cui al menzionato art. 549 c.c., atteso che questa non solo non ne viola il disposto, quanto ne costituisce piuttosto «un mezzo per ottenere la sua osservanza»³¹. Al pari risultano evanescenti i tentativi di escluderne l'operatività relativamente alla porzione riservata, ammettendola per la disponibile, i quali contrastano sia con il principio dell'unicità della vocazione del legittimario, sia con obiettive difficoltà di natura pratica che – come evidenziato – si sostanziano nell'estrema difficoltà di stabilire «a

priori se la domanda riguardi o no soltanto la disponibile», rientrando, del resto, una siffatta valutazione nella cognizione degli arbitri³², sotto il profilo dell'individuazione del *petitum*.

Un ultimo accenno deve dedicarsi, nella presente sede – in quanto correlato alla dimensione funzionale della disposizione in esame – alla compatibilità della clausola d'arbitrato con il divieto di patti successori, da doversi sostenere in virtù della sua origine testamentaria, ossia in un atto a struttura unilaterale, e dell'assenza di ogni effetto attributivo-devoltivo di diritti derivante dalla medesima – limitata ad optare per la competenza degli arbitri privati – che, pertanto, permettono con certezza di sottrarla dall'ambito previsionale di cui all'art. 458 c.c.³³.

5.1. (*segue*). L'ammissibilità della clausola testamentaria in commento in linea generale non subisce limitazioni a seconda che essa sia destinata a compromettere la risoluzione delle controversie in arbitrato rituale od irrituale.

Molteplici, infatti, sono gli indicatori che conducono alla soluzione affermativa anche con riferimento a quest'ultimo: in primo luogo, la disposizione arbitrale non ha carattere attributivo e, quindi, non va a violare il divieto di patti successori, quand'anche si dovesse riconoscere alla decisione la qualificazione giuridica di accordo transattivo; sotto altro punto di vista, la dottrina ha condivisibilmente rimarcato il carattere procedimentale complesso dell'arbitrato irrituale, sicché «gli unici atti suscettibili di ricevere la qualifica contrattuale sono quelli iniziali» attraverso i quali le parti demandano la cognizione della lite a giudici privati, «mentre tutti i comportamenti successivi si collocano in una dimensione di contrapposizione» che, pertanto, esula da ogni logica convenzionale³⁴.

Non può, peraltro, sfuggire un ulteriore importante rilievo in virtù del quale l'arbitrato irrituale, seppur improntato ad un metro equitativo di valutazione, non può trasfondersi in arbitrio, aprendo alla discrezionalità libera del decisore, dovendo in ogni caso soggiacere ad un vaglio successivo di coerenza con i «valori fondamentali dell'ordinamento e del giusto processo»³⁵.

Qualora così non fosse, non residuando alcun margine di sindacabilità su base oggettiva dell'assetto di interessi determinato dall'arbitro irrituale, sarebbe difficilmente superabile la censura di invalidità della clausola testamentaria che declina la giurisdizione statuale, per violazione esplicita delle norme di cui agli artt. 631 e 632 c.c., le quali, rispettivamente, sanciscono la nullità delle disposizioni che rimettono all'arbitrio di un

terzo la determinazione della quota di eredità ovvero dell'oggetto e della quantità del legato³⁶.

6. Precisata l'operatività della clausola testamentaria d'arbitrato con riguardo ai legittimari, occorre individuarne i limiti soggettivi che si frappongono all'efficacia della medesima. Al riguardo sovviene il principio per il quale le disposizioni contenute in un atto di ultima volontà, a pena di nullità, devono essere formulate in modo da poter determinare la persona nel cui favore sono fatte (art. 628 c.c.), dal quale è dato desumere il corollario per cui esse produrranno effetti immediati solo nei confronti del destinatario, il quale acquisirà i diritti e gli obblighi nascenti dalla medesima, con esclusione di altri soggetti; ferma restando l'incidenza indiretta che la singola dichiarazione produce sul complessivo procedimento devolutivo dell'eredità.

Tale argomentare di base permette di circoscrivere l'ambito di operatività della clausola testamentaria d'arbitrato alle sole controversie insorte e insorgenti tra eredi o tra eredi e legatari, non potendo spiegare efficacia alcuna rispetto a congiunti non chiamati all'eredità ovvero a soggetti «indicati come beneficiari da un precedente testamento, revocato da quello successivo, oggetto dell'impugnazione»³⁷.

È evidente, infatti, che questi ultimi non essendo chiamati alla successione – e, quindi, non partecipando alla trasmissione del rapporto compromissorio – non potrebbero manifestare la propria accettazione dell'eredità o la rinuncia al legato, sicché, ove ritenuti vincolati dalla dichiarazione arbitrale di cui all'atto di ultima volontà, sarebbero lesi nella loro libertà di scelta, fondamento inderogabile per declinare validamente la cognizione della giurisdizione statale ai sensi dell'art. 24 cost.

7. Questione controversa è quella concernente la possibilità del testatore di designare gli arbitri ai quali sarà devoluta la cognizione delle controversie nascenti dall'interpretazione e dall'esecuzione del testamento, rispetto alla quale sono stati sollevati in dottrina dei rilievi di ordine negativo, argomentati sull'essenzialità della libertà di scelta, come emergerebbe dal testo dell'art. 810 c.p.c., che riserva alle sole parti il potere di nomina dei giudici privati³⁸.

In tal senso, il *de cuius* potrebbe solo imporre ai chiamati l'«obbligazione di compromettere in arbitri», senza spingersi anche all'individuazione di questi ultimi, che, qualora effettuata, renderebbe invalida la relativa disposizione, in considerazione della cennata personalità del diritto d'azione³⁹.

Siffatta ricostruzione restrittiva non sembra potersi condividere per una serie di concorrenti ragioni: l'art. 810 c.p.c. espressamente consente che la nomina degli arbitri possa essere demandata ad un terzo, sicché non si vede quale potrebbe essere l'ostacolo – stante l'identità di *ratio* con l'ipotesi successoria in esame – a poter ritenere il testatore quale «terzo» abilitato alla designazione dei giudici privati; la motivazione ispiratrice dell'arbitrato testamentario è il più delle volte rintracciabile nell'opportunità di demandare la cognizione delle future controversie ereditarie insorgenti tra i chiamati ad una persona «di famiglia», che sia stimata e considerata degna di fiducia e che, eventualmente, abbia già una pregressa conoscenza di fatti, rapporti ed equilibri esistenti all'interno di tale consorzio sociale⁴⁰.

Dal punto di vista ricostruttivo, peraltro, la nomina dell'arbitro da parte del testatore potrebbe ricondursi all'interno del c.d. *mandatum post mortem exequendum*, sicuramente valido poiché, se, da un lato, non lede il divieto di patti successori, non determinando un'attribuzione patrimoniale, dall'altro, è conferito anche nell'interesse del mandatario, sicché non viene meno con la morte del disponente, ai sensi della previsione generale contenuta nell'art. 1723, comma 2, c.c.⁴¹.

Unico limite soggettivo che, certamente, il potere di designazione del *de cuius* incontra attiene alla posizione dell'esecutore testamentario, tenuto conto che quest'ultimo viene a trovarsi in una situazione di incompatibilità per la sussistenza di un conflitto di interessi attuale – evincibile dalla rappresentanza processuale spettantegli nei giudizi relativi all'eredità ed alla qualità di litisconsorte necessario in essi ai sensi dell'art. 704 c.c., nonché dalla legittimazione a curare l'esecuzione delle disposizioni di ultima volontà del defunto ed a compiere tutti gli atti gestori del patrimonio relitto *ex art. 703 c.c.* – che, di fatto, potrebbe, almeno formalmente, minare la posizione di terzietà richiesta all'arbitro, indispensabile ai fini della legittimità della decisione⁴².

In ultimo deve sottolinearsi come quanto sopra discettato non attenga minimamente all'individuazione dei requisiti minimi essenziali della disposizione arbitrale testamentaria, essendo sufficiente ai fini della sua configurazione la sola manifestazione di volontà del *de cuius* espressiva dell'intenzione di compromettere a giudici privati le eventuali liti promananti dall'interpretazione ed esecuzione dell'atto di ultima volontà. Infatti, per quanto non espressamente disposto, opererà un rimando implicito ai criteri normativi contenuti nella disciplina codicistica, tanto con riferimento alla regolamentazione delle modalità di composizione

del collegio giudicante, che con riguardo alle fasi procedurali attraverso le quali il giudizio si articola⁴³.

8. Come in precedenza accennato gli unici limiti soggettivi frapposti alla validità ed efficacia della disposizione arbitrale testamentaria concernono la posizione dei terzi che non siano stati chiamati all'eredità, dovendosene per contro ritenere la piena operatività con riguardo ai legittimari (*retro* § 5).

Dal punto di vista oggettivo, ossia *ratione materiae*, l'ammissibilità della clausola in commento trova un ostacolo evidente nell'indisponibilità dei diritti devoluti alla cognizione dei giudici privati, ravvisabile ogni qual volta sia evincibile un interesse pubblico prevalente ovvero di altri soggetti, come nel caso del riconoscimento del figlio nato fuori del matrimonio.

Un indicatore importante ai fini della predetta esclusione è costituito dalle controversie nelle quali la disciplina positiva contempra l'intervento obbligatorio del pubblico ministero, come per le ipotesi indicate negli artt. 69 – laddove il riferimento «ai casi stabiliti dalla legge» implica una chiara riserva di giurisdizione statuale, ribadita nella norma successiva al n. 5 – e 70 c.p.c., che fa espresso riferimento alle cause riguardanti «lo stato [...] delle persone»; nonché nei giudizi relativi all'accertamento dell'autenticità dei testamenti instaurati a seguito della proposizione di querela di falso⁴⁴.

Deve, poi, essere esclusa l'arbitrabilità anche di quelle materie attinenti ai rapporti societari rientranti nel disposto dell'art. 34 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, secondo l'ampiezza accordatagli dall'esegesi giurisprudenziale che la riferisce in linea di massima a quelle controversie incidenti su «interessi protetti da norme inderogabili, la cui violazione determina una reazione dell'ordinamento svincolata da qualsiasi iniziativa di parte»⁴⁵.

9. Gli autori che si sono soffermati sulla clausola testamentaria d'arbitrato non hanno raggiunto una posizione univoca per ciò che concerne il suo inquadramento categoriale all'interno degli elementi e delle disposizioni proprie del negozio di ultima volontà.

L'opinione maggioritaria l'ha ricondotta nella configurazione dell'onere sulla base di molteplici calzanti rilievi, tenuto cioè conto del fatto che essa tende a soddisfare un interesse essenzialmente del testatore e non già dei destinatari; della circostanza per la quale viene ad «affaticare la posizione di vantaggio» ottenuta attraverso l'istituzione d'erede o di legatario; nonché in considerazione del polimorfismo contenutistico che il *modus* in concreto può assumere⁴⁶.

Tale ricostruzione, peraltro, s'è spinta anche all'individuazione dei mezzi idonei a garantire l'adempimento dell'onere «arbitrale», oscillando tra la soluzione più tecnica della collegata disposizione volta ad imporre una penale e quella più ossequiosa del dato positivo che, invece, rimette alla volontà del testatore la previsione della risoluzione del lascito ai sensi dell'art. 648, comma 2, c.c., posta l'estrema difficoltà, se non addirittura l'impossibilità, di poter ritenere che il rispetto della clausola arbitrale abbia costituito «il solo motivo determinante della disposizione», da doversi escludersi proprio in ragione del suo carattere non attributivo⁴⁷.

Superando la dimensione sostanziale per soffermarsi su quella processuale – indipendentemente cioè dalle conseguenze derivanti dall'inadempimento dell'onere sulla conservazione del lascito – resta ferma la soluzione per cui, ove taluno dei soggetti gravati dal *modus* «arbitrale» dovesse adire direttamente gli organi di giurisdizione statuale, l'altro potrebbe sollevare eccezione di incompetenza, di fatto paralizzando l'azione avversaria.

Altra dottrina, pressoché isolata, ha proteso per la qualificazione della disposizione in commento quale legato di contratto – presupponendo la validità della sola dichiarazione testamentaria volta ad imporre ai destinatari di stipulare un compromesso per la soluzione delle liti eventualmente derivanti dall'interpretazione e dall'esecuzione dell'atto di ultima volontà, negando, quindi, l'ammissibilità di una vera e propria clausola compromissoria⁴⁸ –, ricorrendo ad una soluzione non condivisibile, in ragione sia dell'assenza in essa di una funzione propriamente devolutiva di diritti, sia del fatto per cui non può ritenersi destinata a soddisfare un interesse propriamente riferibile ai destinatari dell'istituzione a titolo particolare⁴⁹. Il tutto senza trascurare il paradosso per il quale il rifiuto da parte di uno dei legatari di addivenire alla stipula del compromesso imporrebbe il ricorso alla tutela costitutiva *ex art. 2932 c.c.*, realizzando l'assurdo per il quale una disposizione tesa a declinare la giurisdizione statuale, necessiterebbe per la sua attuazione di un previo ricorso ad essa, salvo poi devolvere la cognizione della controversia ai giudici privati, con conseguente frustrazione della sua finalità deflattiva⁵⁰.

È innegabile, inoltre, che la tecnica testamentaria potrebbe condurre alla configurazione della disposizione d'arbitrato quale condizione risolutivamente apposta alla conservazione del lascito – atteso il carattere futuro ed incerto delle liti che possono sorgere intorno all'atto di ultima volontà – certamente ammissibile, se non altro in considerazione del *favor* normativo manifestato dal legislatore per la composizione arbitrale

delle controversie⁵¹. Fa chiaramente eccezione l'ipotesi nella quale la suddetta condizione acceda ad una disposizione attributiva in favore di un legittimario, in quanto la sua risoluzione determinerebbe di fatto la lesione della quota di riserva, con la conseguenza che la stessa dovrebbe considerarsi non apposta, in quanto volta a configurare una limitazione della legittima, testualmente vietata ai sensi dell'art. 549 c.c.⁵². Al pari dovrebbe ritenersi nulla la condizione sospensiva, atteso che – come osservato – essa «indurrebbe i successori ad agire in giudizio (arbitrale)» al fine di ottenere il lascito, se del caso «avanzando pretese consapevolmente infondate», con conseguente illiceità da doversi dedurre anche alla luce delle previsioni normative che sanzionano le liti temerarie *ex art.* 96 c.p.c.⁵³.

Deve, inoltre, segnalarsi l'autorevole opinione di chi considerando il polimorfismo delle declinazioni che l'autonomia negoziale del *de cuius* può assumere con riferimento al singolo caso, nonché le varianti offerte dalla tecnica testamentaria, ha osservato come non sia «possibile propendere per una soluzione specifica predeterminata», ben potendo la fattispecie concreta consentire l'inquadramento della clausola arbitrale nel contesto della condizione, dell'onere o del legato di contratto⁵⁴.

9.1. (*segue*). La soluzione al problema della classificazione categoriale della clausola arbitrale contenuta in un testamento deve essere collegata alla qualificazione funzionale di quest'ultimo. Sul punto, non v'è dubbio che l'atto di ultima volontà risponda ad una configurazione causale unitaria, dovendosi intendere come «schema negoziale unico», in cui le singole disposizioni si inseriscono quali «momenti di un unico "programma"», consistente nella regolazione dell'assetto di interessi facenti capo al *de cuius* in relazione al momento in cui questi avrà cessato di vivere⁵⁵.

In questo senso, quindi, il concetto di «tipicità» può essere riferito esclusivamente al negozio *mortis causa* in sé considerato, superando il problema della «tipicità» o «atipicità» delle singole disposizioni nel medesimo contenute, le quali rappresentano soltanto «i diversi modi, attraverso i quali la causa dell'atto trova concreta specificazione e realizzazione», e sono teleologicamente dirette al perseguimento del predetto scopo unitario⁵⁶.

Ne deriva, pertanto, che le differenti dichiarazioni testamentarie possono differenziarsi solo in «nominate» ed «innominate», vale a dire a seconda che siano riconducibili o meno ad una precisa previsione legislativa, che ove presente, non integrerà mai i profili funzionali propri della «tipizzazione» – concernente soltanto la causa unitaria del testamento

– riferendosi, per contro, al «contenuto» della disposizione medesima, rispetto al quale l'autonomia negoziale del testatore riceve ampi margini di esplicazione, incontrando esclusivamente il limite di compatibilità con i valori fondamentali dell'ordinamento, ormai inteso nella sua dimensione costituzionale e comunitaria⁵⁷.

Ciò conduce alla conclusione per la quale l'atto di ultima volontà può in sé ricomprendere una molteplicità di disposizioni, tanto «nominate» quanto «innominate», le quali convergono ad unitarietà funzionale nella sua causa «tipica», consistente nella regolamentazione *post mortem* dei rapporti giuridici facenti capo al *de cuius*⁵⁸.

Da parte sua, il concetto di «regolamentazione» – come precisato anche dalla più recente giurisprudenza – non sta ad intendere che il testamento debba avere carattere e finalità meramente attributivo-traslativo di diritti, essendo queste individuabili nel più ampio scopo dell'organizzazione degli interessi del testatore per il periodo successivo alla sua morte.

Non appare, pertanto, revocabile in dubbio che all'interesse del *de cuius* possa essere ricondotta la clausola arbitrale, atteso che questi tramite di essa potrebbe voler agevolare la risoluzione delle controversie eventualmente o prevedibilmente derivanti dall'interpretazione ed esecuzione del testamento, così da accedere, seppur ancillarmente, alla funzione regolamentare «tipica» dell'atto di ultima volontà, esplicata nella configurazione del complessivo assetto *post mortem* dei rapporti giuridici facenti capo al testatore.

Ne deriva, quindi, la possibilità di qualificare la volizione testamentaria d'arbitrato, quale disposizione «innominata», sprovvista di autonomia funzionale, ma ciò malgrado destinata a produrre effetti diretti ed immediati sulla posizione dei chiamati all'eredità e al legato⁵⁹, in quanto tale, suscettibile di una valutazione «individualizzata» di liceità e specialmente di meritevolezza dell'interesse ad essa sotteso ed esplicato nel suo «contenuto», al fine di appurarne la validità⁶⁰.

Alla luce di ciò, assumerà valenza determinante la compatibilità della clausola *de qua* con i valori fondamentali dell'ordinamento che, stante l'ambito materiale di incidenza della medesima dovrà essere misurata in termini di coerenza con le prerogative costituzionali inerenti al diritto di accedere alla tutela giurisdizionale ed al giusto processo, rispettivamente contemplati dagli artt. 24 e 111 cost.⁶¹.

Tale accertamento, se potrà ritenersi soddisfatto in senso positivo con riguardo all'arbitrato rituale – stante il riconoscimento normativo dell'impugnabilità del lodo per nullità in appello e per violazione di

norme in sede di legittimità – implicherà un vaglio concreto, conformato al contenuto della singola disposizione, nel caso di arbitrato irrituale, onde verificarne la conciliabilità con le predette garanzie sancite dalla legge fondamentale⁶².

NOTE

¹ F. PADOVINI, *Testamento e arbitrato*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 107 s., osserva con riguardo al principio di trasmissibilità dei rapporti contrattuali facenti capo al defunto – pretermesso dal codice civile vigente a differenza del testo del 1865 che lo contemplava espressamente –, che «la cancellazione formale valeva sua definitiva consacrazione: la riproposizione della regola espressa apparve, infatti, superflua al codificatore, nella consapevolezza di una condivisione, trasversale fra gli ordinamenti, non soltanto continentali». In tal senso, malgrado esistano delle rare eccezioni, il principio in parola è sicuramente operativo con riguardo al compromesso ed alla clausola compromissoria, difettando «un qualsivoglia fondamento, positivo o sistematico, capace di dare spazio alla intrasmissibilità del rapporto». In questo senso l'a. sottolinea come nell'ipotesi di legato di un bene che sia concesso in locazione o munito di una garanzia assicurativa, il beneficiario della disposizione testamentaria sarà sicuramente vincolato dalla clausola arbitrale eventualmente contenuta nel relativo contratto di locazione o assicurativo, ai fini della composizione delle liti derivanti dal rapporto menzionato; C. CACCAVALE, *Contratto e successioni*, in *Tratt. contr.* Roppo, VI, Milano, 2006, p. 410 ss.; v. anche G. PERLINGIERI, *La disposizione testamentaria di arbitrato*, in V. PUTORTÌ (a cura di), *La giustizia arbitrale*, Napoli, 2015, p. 141 s.

² P. PERLINGIERI, *Lectio magistralis. La sfera di operatività della giustizia arbitrale*, in V. PUTORTÌ (a cura di), *La giustizia arbitrale*, cit., p. 3.

³ L. BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, in *Successioni*, t. II, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, Torino, 1982, p. 112, afferma che il contenuto tipico del testamento è costituito «esclusivamente dalle disposizioni di carattere patrimoniale; con riguardo a queste si può, dunque, dire che l'atto è un testamento»; mentre con riferimento alle disposizioni non patrimoniali questo rappresenta un «mero veicolo emissivo»; v. soprattutto G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954, p. 326, secondo cui «Il testamento è l'atto di attribuzione patrimoniale a causa di morte, che opera mediante l'istituzione di erede e di legatario (articoli 587 1° comma, 588 c. c.)». Se ne deduce, quindi, che «le dichiarazioni di diverso contenuto che in forma testamentaria possano compiersi, ne sussista o non l'unità formale con eventuali disposizioni di beni, non costituiscono testamento. Quando non si tratta di atti non negoziali, a cui risulta già incompatibile la nozione stessa di atto di ultima volontà (anche se compatibile sia, a qualche specie, quella di (mero) atto *mortis causa*), si tratta di negozi che o non sono a causa di morte ovvero sono al più negozi di ultima volontà a sé stanti, che rispondono alle regole generali della categoria a cui appartengono (atto di ultima volontà), ma non a quelle più particolari del testamento. E se pure a tutte queste disposizioni atipiche, anche quando non siano *mortis causa*, un effetto *post mortem* normalmente consegue, ciò dipende unicamente dalla particolare fattispecie emissiva che il soggetto assegna alla dichiarazione col presceglierne la forma testamentaria; ma da tale profilo l'atto (a rilevanza giuridica esterna) *post mortem* costituisce una categoria dommatica distinta così dall'atto sotto modalità di morte come dall'atto *mortis causa*».

⁴ F.S. AZZARITI, G. MARTINEZ e G. AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazio-*

ni, Padova, 1979, p. 358 ss., propendono per un'impostazione restrittiva, evidenziando come le «Le disposizioni di carattere non patrimoniale contenute in un testamento, che abbia o no contenuto economico, devono dunque, per essere giuridicamente efficaci, consistere in negozi pei quali la legge – nel dettarne la disciplina – specificamente consenta di compierli in un atto testamentario». Ne deriva, quindi, che «resta esclusa ogni altra disposizione, la quale pur se abbia contenuto giuridico» non trovi «una propria disciplina nella legge che ne consenta l'attuazione nella forma del testamento».

⁵ In tal senso G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, cit., p. 11 ss., sottolinea come l'obiettivo sotteso alla norma in esame sia quello di limitare l'ambito delle disposizioni non patrimoniali suscettibili d'essere inserite nel testamento. In tal senso, infatti, «Se non si isola il capoverso dell'art. 587, ma lo si mette in relazione alla definizione che del testamento è data al primo comma, risulta evidente che la norma del cpv. non ha altro scopo se non quello di chiarire il significato del termine "testamento" per le ipotesi in cui è la stessa legge a richiedere, per la validità della dichiarazione atipica, che essa debba appunto essere contenuta "in testamento". Per dette ipotesi, in deroga alla definizione che del testamento è data dal primo comma dell'articolo, si ammette che la disposizione sia efficace (*rectius*: valida) anche quando l'atto in cui essa si contiene, per mancare di contenuto tipico testamentario, non potrebbe in effetti dirsi un testamento, ma al più un atto che del testamento ha soltanto la forma»; v. anche L. BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, cit., p. 113; in ordine alla specificazione delle disposizioni non patrimoniali «innominate» ritenute ammissibili M. IEVA, *Manuale di tecnica testamentaria*, Padova, 1996, p. 159 ss.

⁶ P. BOERO, *Il testamento*, in *Diritto delle Successioni* a cura di G. Perlingieri e R. Calvo, II, Napoli, 2009, p. 681 ss.; G. GIAMPICCOLO, *op. cit.*, p. 1 ss., sia consentito il rinvio anche a P. LAGHI, *Legato «innominato» e meritevolezza dell'interesse*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 678 ss.

⁷ F. PADOVINI, *Testamento e arbitrato*, cit., p. 106 ss.

⁸ V. ANDRIOLI, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 3ª ed., Napoli, 1964, p. 746 ss.

⁹ Il tema della disposizione testamentaria di arbitrato ha storicamente trovato uno spazio marginale nel contesto tanto dottrinale che giurisprudenziale, ambito quest'ultimo che ha conosciuto una sola e datata pronuncia di legittimità, Cass., 6 giugno 1969, n. 1989, in *Foro it.*, I, c. 2520 s., commentata anche in G. CRISCUOLI, *Il testamento. Norme e casi*, Padova, 1995, p. 259 ss.; nel predetto arresto del diritto vivente si è affermato che «è valida la disposizione con la quale il testatore attribuisce a due coeredi, a titolo di legato condizionato, parte di un fondo, nonostante essa prescrivesse – con una clausola nulla per indeterminatezza soggettiva – l'arbitrato per la soluzione di eventuali controversie sul frazionamento». In dottrina, la prima disamina del problema è rinvenibile in I. CUGUSI, *La clausola arbitrale nel testamento*, in *Filangieri*, 1905, p. 422 ss.; seguito da P. COGLIOLO, *La clausola arbitrale nei testamenti. Il giudice familiare*, in *Scritti vari di diritto privato*, II, 2ª ed., Torino, 1917, p. 275 ss.

¹⁰ G. PERLINGIERI, *La disposizione testamentaria di arbitrato*, cit., p. 142 s.; A. SASSI, *Testamento e garanzie giurisdizionali*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 1414 ss.

¹¹ F. FESTI, *Testamento e devoluzione ad arbitri delle liti tra successori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 809 ss.; G. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 157; E. ZUCCONI GALLI FONSECA,

Note sulle convenzione arbitrale nel diritto successorio, in *Riv. arb.*, 2006, p. 281 ss.

¹² L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, Milano, s.d., III, p. 104 ss.

¹³ Cass., Sez. Un., 16 ottobre 1953, in *Rep. Giur. it.*, 1953, voce «Arbitrato», n. 52, c. 142, in cui si afferma che «le clausole compromissorie, pur essendo di rigida applicazione, si estendono anche a coloro che subentrano nella condizione giuridica di uno dei compromettenti: l'evento che produce il subingresso è normalmente successivo (cessione o successione), ma nulla toglie che possa consistere in un fatto originario, come quando il soggetto vincolato alla clausola, crea il diritto o il rapporto, e lo riferisce sin dall'inizio ad altro soggetto»; in dottrina si v. F. BENATTI, *Sulla circolazione della clausola compromissoria*, in *Riv. dir. privato*, 1999, p. 9 ss.

¹⁴ Si segnalano numerosi provvedimenti nei quali il tema dell'arbitrato obbligatorio viene toccato sotto profili differenti. Tra i tanti si v. Corte cost., 26 luglio 1979, n. 93, in *Foro it.*, 1979, I, c. 2539 ss.; Corte cost., 1° agosto 1979, n. 100, in *Giust. civ.*, 1980, I, p. 29 ss.; Corte cost., 23 marzo 1981, n. 42, in *Giur. cost.*, 1981, I, p. 275 ss.; Corte cost., 2 febbraio 1982, n. 18, in *Giur. cost.*, 1982, I, p. 138 ss.; Corte cost., 2 maggio 1985, n. 134, in *Foro it.*, 1985, I, c. 1905; Corte cost., 22 novembre 1985, n. 303, in *Foro pad.*, 1986, I, p. 9 ss.; Corte cost., 18 febbraio 1988, n. 185, in *Giur. cost.*, 1988, I, p. 709 ss.; Corte cost., 31 marzo 1988, n. 372, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, p. 16 ss.; Corte cost., 4 marzo 1992, n. 82, in *Foro it.*, 1992, I, p. 1023 ss.

¹⁵ P. GAGGERO, *L'arbitrato obbligatorio*, in G. ALPA, V. VIGORITI (a cura di), *Arbitrato. Profili di diritto sostanziale e di diritto processuale*, Torino, 2013, p. 38.

¹⁶ P. GAGGERO, *op. cit.*, p. 51, osserva come «il ricorso alla procedura arbitrale deve configurarsi espressione dell'autonomia privata: ciò sul presupposto che il deferimento di controversie ad arbitri è un modo di (indiretta) disposizione dei diritti sostanziali e che l'interpretazione degli enunciati costituzionali deve informarsi all'esigenza di contemperare gli interessi egualmente protetti dalla Costituzione. Se così è, il necessario collegamento del deferimento di controversie ad arbitri con la manifestazione della volontà delle parti ricorre tutte le volte che alle parti sia consentito di optare per l'arbitrato, oppure per la giurisdizione: in simili ipotesi, la fonte autoritativa predispone e non impone l'arbitrato e l'arbitrato è facoltativo perché ad esso le parti possono sottrarsi. La condizione dalla quale dipendente la costituzionalità dell'arbitrato consiste nella mera disponibilità della procedura arbitrale, che la fonte normativa deve conservare alle parti. Il criterio della libertà delle parti di scelta dell'arbitrato ammette che l'elezione del modello di soluzione delle controversie si compia sia mediante atti con cui si manifesti la volontà di compromettere in arbitri, sia attraverso atti di rifiuto della procedura arbitrale».

¹⁷ F. FESTI, *Testamento e devoluzione ad arbitri delle liti tra successori*, cit., p. 814; F. PADOVINI, *Testamento e arbitrato*, cit., p. 110.

¹⁸ F. FESTI, *op. cit.*, p. 815.

¹⁹ F. FESTI, *op. loc. cit.*, rileva come «L'inaffidabilità di un arbitrato previsto per testamento non può, d'altra parte, essere dedotta dall'impossibilità di assicurare il rispetto dei vincoli di forma di cui all'art. 807, commi 1° e 2°, c.p.c., dall'osservazione, cioè, che erede e

legatario – potendo accettare, rispettivamente, in modo tacito (art. 476 ss. c.c.; cfr. art. 485 c.c.) o in maniera automatica (art. 649 c.c.) – si troverebbero ad essere vincolati al giudizio arbitrale anche in assenza di un loro consenso scritto. La legge, infatti, esclude la necessità della forma per l'acquisto da parte dell'erede o del legatario, pure se si tratti della successione in rapporti per il cui trasferimento *inter vivos* sia imposto il requisito formale. In questo senso, così come è possibile accettare un'eredità o acquisire un legato, anche se comprendenti beni immobili, senza la necessità di rispettare particolari prescrizioni di forma, analogamente si può ritenere che una disposizione d'arbitrato apposta ad un'istituzione d'erede o ad un legato possa operare senza l'assenso scritto dei destinatari». Ciò, anche in considerazione del fatto che «l'esigenza di certezza, che rappresenta il fondamento del vincolo formale prescritto dall'art. 807, commi 1° e 2°, viene pienamente soddisfatta dalle modalità espressive della previsione testamentaria. Quest'ultima è, infatti, soggetta ad un rigore formale maggiore rispetto a quello stabilito per il patto compromissorio (cfr. art. 601 ss. c.c. e art. 807 c.p.c.)».

²⁰ Per tutti v. G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2014, p. 261 ss.

²¹ In tal senso G. PERLINGIERI, *La disposizione testamentaria di arbitrato*, cit., p. 148.

²² N. IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, Milano, 1967, p. 249 ss.

²³ A.D. CANDIAN, *La funzione sanzionatoria nel testamento*, Milano, 1988, p. 185, osserva come «Per quanto attiene al problema dell'applicabilità dell'art. 1349 c.c. al testamento è sufficiente ricordare, al fine di escluderlo, il principio della personalità della dichiarazione (tutelato dalle norme successorie). Tuttavia in deroga a quel principio il legislatore consente che la determinazione volitiva sia rimessa a un terzo nelle ipotesi rispettivamente del legato determinato per arbitrio altrui (art. 632, 1° comma), del c.d. legato remunerativo (art. 632, 2° comma), del legato in genere (art. 653). Senza indugiare su queste figure, si può accennare che in esse è stata ravvisata l'utilizzazione dell'istituto dell'arbitraggio. Tale assimilazione rileva soprattutto ai fini applicativi, in quanto l'utilizzazione dell'art. 1349 c.c. permette di ricorrere al giudice nell'ipotesi in cui la determinazione del terzo manchi o sia manifestamente errata od iniqua. Al di fuori di queste ipotesi non è ammissibile il ricorso all'arbitraggio. Inoltre si deve considerare che l'arbitratore non opera quale giudice di una controversia, sia pure economia e non giuridica».

²⁴ G. PERLINGIERI, *La disposizione testamentaria di arbitrato*, cit., p. 153, ulteriormente sottolinea come differente sia l'ipotesi – con contestuale rischio di invalidità – in cui all'arbitro irrituale venga rimesso il potere di «imporre ai successori in lite una transazione dal contenuto definitivo». In tal caso, infatti, appare evidente l'attribuzione alla volontà di un terzo di incidere autonomamente sull'assetto successorio, peraltro, ledendo «il principio generale di indisponibilità del futuro diritto di agire in giudizio».

²⁵ L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte Speciale. Successione necessaria*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, 1967, p. 99; v. anche F. PADOVINI, *Testamento e arbitrato*, cit., p. 108 s., il quale sostiene che debba «riconoscersi che la vocazione testamentaria non è necessariamente incompatibile con l'applicazione di clausole compromissorie, ma deve al contempo rilevarsi che per una ampia platea di successioni il divieto di cui all'art. 549 c.c. introduce un limite significativo a disposizioni testamentarie

aventi ad oggetti clausole arbitrali. Al di là di questo limite, peraltro, di massima tutte le controversie in materia ereditaria sono compromettibili in arbitrato: nessuna di esse ha, invero, per oggetto diritti indisponibili».

²⁶ L. MENGONI, *op. cit.*, p. 100, osserva come «La formula legislativa, derivata dalla c. 32 C. 3, 28, ha un significato ampio, comprensivo non solo dell'onere (*modus*) e della condizione in senso tecnico, ma di ogni disposizione che diminuisca, *vel in quantitate vel in tempore* (c. 36 pr. C. 3, 28), i diritti riservati ai legittimari, o comunque modifichi la loro posizione giuridica rispetto ai beni assegnati alla riserva oppure li assoggetti a vincoli in ragione dell'attribuzione di tali beni: sia essa propriamente una modalità dell'istituzione del legittimario in una quota di eredità o del legato lasciategli in sostituzione della legittima oppure una disposizione autonoma destinata a costituire un peso sulla quota riservata. Cade perciò sotto la sanzione dell'art. 549 anche il legato ordinato come onere dell'istituzione del legittimario in una quota o della delazione di una quota *ab intestato*, e comportante o un'obbligazione o la costituzione della quota in godimento di altri. In questo caso il legato non grava sull'eredità eccedendo la disponibile, ma funge da *modus* (misura) del lascito della legittima, e pertanto segue la sorte delle modalità apposte alla legittima». In questi casi trova applicazione la sanzione di cui all'art. 549 c.c., con conseguente nullità o, più propriamente, inefficacia della disposizione avente mera finalità limitativa della posizione successoria garantita dall'ordinamento al legittimario.

²⁷ Ai fini dell'individuazione del rimedio applicabile è, pertanto, necessario individuare in modo corretto il concetto di «disposizione», al fine di raffrontarlo a quelli di «pesi» e «condizioni». Al riguardo, con la predetta nozione si fa precipuamente riferimento ad una manifestazione volitiva tesa a produrre immediati effetti attributivi di diritti da un soggetto ad un altro, in esito ai quali può scaturire direttamente un pregiudizio patrimoniale per il legittimario. Per converso, i concetti di «pesi» e «condizioni» individuano una statuizione testamentaria idonea di per sé soltanto a limitare la posizione dell'erede necessario, senza che da essa promani alcuna attribuzione in favore di chicchessia. In dottrina si v. L. FERRI, *Legittimari. Art. 536-564*, in *Commentario al Codice Civile*, diretto da Scialoja e Branca, Roma-Bologna, 1981, p. 103 ss.; con riguardo specifico alla trattazione dedicata alla clausola di diseredazione si v. V. BARBA, *La disposizione testamentaria di diseredazione*, in *Fam. pers. succ.*, 2012, p. 783; M. TATARANO, *La diseredazione. Profili evolutivi*, Napoli, 2012, p. 142 ss.; R. PACIA, *Validità del testamento di contenuto meramente diseredativo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 307 ss.; sia consentito anche il rinvio a P. LAGHI, *La clausola di diseredazione: da disposizione «affittiva» a strumento regolativo della devoluzione ereditaria*, Napoli, 2013, p. 67; in giurisprudenza il riferimento obbligato è a Cass., 25 maggio 2012, n. 8352.

²⁸ G. PERLINGIERI, *La disposizione testamentaria di arbitrato*, cit., p. 145.

²⁹ A. SASSI, *Testamento e garanzie giurisdizionali*, cit., p. 1417, rileva come «tutte le controversie concernenti situazioni ereditarie debbono ritenersi arbitrabili, rientrando nella fattispecie di cui all'art. 806 c.p.c. Non così per le questioni che non hanno ad oggetto diritti successori (sebbene spiegano comunque effetti sul loro accertamento e riconoscimento), quali quelle concernenti la verità dei testamenti, in relazione alle quali non esistono diritti in capo ai successibili, tanto meno disponibili, vertendosi in tema di

acquisizione della prova e, quindi, essendo assorbente l'interesse pubblico all'accertamento della verità o della falsità dell'atto, testimoniato nella querela di falso dall'intervento obbligatorio nel giudizio del pubblico ministero (art. 221 c.p.c.); v. anche E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Ancora su convenzione arbitrale e testamento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 1365 s.; per quanto concerne l'indagine sui diritti suscettibili di devoluzione arbitrale appare proficuo il rinvio ad A. SPATUZZI, *L'indisponibilità del diritto soggettivo quale limite di arbitrabilità delle controversie*, in *Riv. arb.*, 2014, p. 763 ss.

³⁰ A. SASSI, *Testamento e garanzie giurisdizionali*, cit., p. 1416, evidenzia come «la clausola arbitrale, così come il compromesso o la convenzione, spiegano effetti sostanzialmente sul piano giudiziale, tanto che la dottrina processualciviltistica parla di negozi sostanziali, ma con rilevanza ed effetti processuali e, di recente, con una felice sintesi di "contratto processuale". La natura processuale viene confermata dalla circostanza che l'eccezione di cui all'art. 819 ter, comma 1°, c.p.c. (sul difetto di competenza dell'a.g.o.) viene considerata un'eccezione di rito, e non di merito, come tale sottoposta a stringenti regole di decadenza (rilievo nella comparsa di risposta)».

³¹ Come opportunamente osserva F. FESTI, *Testamento e devoluzione ad arbitri delle liti tra successori*, cit., p. 820 ss., «Se insorge una lite di cui sono parte gli eredi necessari si prospettano due ipotesi alternative: o gli arbitri la compongono correttamente, rispettando sia nell'*an* sia nel *quantum* i diritti di riserva, ed allora i soggetti di cui all'art. 536 c.c. potranno conseguire tale quota senza pesi vietati dall'art. 549; oppure gli arbitri pervengono ad una decisione ingiusta violando i diritti dei legittimari, ed allora questi ultimi potranno appellare il lodo, fruendo di due gradi di giudizio (impugnazione per nullità e ricorso in Cassazione). In altre parole, dal carattere strumentale del processo (ordinario o arbitrale) rispetto ai diritti sostanziali – tra i quali il diritto ad ottenere una quota di legittima priva di pesi disciplinato dall'art. 549 – si ricava che l'obbligo imposto ai legittimari di devolvere le controversie ad arbitri costituisce non un'infrazione al divieto di cui all'art. 549 ma piuttosto un mezzo per ottenere la sua osservanza».

³² G. PERLINGIERI, *La disposizione testamentaria di arbitrato*, cit., p. 146, evidenzia, inoltre, come non sembri possibile affermare che «in caso di clausola arbitrale testamentaria, i legittimari potranno comunque avvalersi della giustizia ordinaria per la quota indisponibile, mentre saranno tenuti a ricorrere all'arbitrato con riferimento alla quota disponibile, perché, per un verso, il legittimario per definizione agisce nella sua qualità, quindi non è possibile compiere distinzioni di questo tipo, per altro verso, nella prospettiva indicata è difficile, e in certi casi impossibile, capire *a priori* se la domanda riguardi o no soltanto la disponibile (in alcuni casi poi sarebbero gli stessi arbitri a dover valutare se la domanda riguardi o no la quota legittima)».

³³ F. FESTI, *Testamento e devoluzione ad arbitri delle liti tra successori*, cit., p. 816 ss.; per quanto concerne la questione della compatibilità della clausola arbitrale, in quanto disposizione non attributiva, con la causa del negozio testamentario, si rinvia alle argomentazioni che saranno trattate di seguito (*infra* § 9.1.).

³⁴ In questo senso F. FESTI, *op. cit.*, p. 819 ss.; v. anche S. PARDINI, *La clausola arbitrale testamentaria*, in *Riv. notariato*, 1998, p. 117.

³⁵ G. PERLINGIERI, *La disposizione testamentaria di arbitrato*, cit., p. 147, osserva ulteriormente che «ciò dovrebbe indurre, peraltro, a riconoscere anche all'arbitro irrituale "il potere di sollevare una questione pregiudiziale" in conformità dell'art. 267 del Trattato FUE, ex art. 234 TCE».

³⁶ F. FESTI, *op. loc. cit.*; è concorde G. PERLINGIERI, *op. cit.*, pag. 153, secondo cui diversa sarebbe la situazione che si verrebbe a profilare allorché «all'arbitro irrituale venga attribuito anche il potere di imporre ai successori in lite una transazione dal contenuto definitivo. In questo caso la disposizione testamentaria è a rischio nullità perché implica il deferimento a una persona diversa dal testatore del potere di stabilire l'assetto successorio con assoluta libertà, in contrasto con gli artt. 631 e 632 c.c. e con il principio generale di indisponibilità del futuro diritto di agire in giudizio».

³⁷ Così F. PADOVINI, *Testamento e arbitrato*, cit., p. 109.

³⁸ S. PARDINI, *La clausola arbitrale testamentaria*, cit., p. 117, esclude, coerentemente alla sua impostazione di fondo che nega l'ammissibilità nel testamento della clausola compromissoria vera e propria, che il testatore possa procedere direttamente alla nomina degli arbitri nel proprio atto di ultima volontà. In questo senso, basterebbe pensare «all'incompatibilità dell'ipotesi in esame con la disciplina prevista dagli artt. 810-815 c.p.c. che specificatamente viene a regolare la nomina, la sostituzione, l'accettazione e la ricsuzione degli arbitri. Se ciò fa propendere per l'invalidità di tale previsione quando sia connessa ad una clausola arbitrale che imponga l'arbitrato rituale, alle stesse conclusioni per l'arbitrato irrituale porta l'osservazione che elemento essenziale del "contratto di compromesso" è la libertà di scelta dell'arbitro». Si rinvia ulteriormente alla datata opinione di P. COGLIOLO, *La clausola arbitrale nei testamenti. Il giudice familiare*, cit., p. 430.

³⁹ G. BONILINI, *La disposizione arbitrale*, in *Tratt. dir. succ. don.* Bonilini, II, Milano, 2009, p. 899 s., afferma che «Si reputa [...] condizione indeclinabile, la libertà di scelta delle persone degli arbitri manifestata dai contendenti; libertà di scelta, che assurge ad elemento essenziale del compromesso, al punto che, in mancanza della scelta, non può che residuare la possibilità di ricorso all'autorità giudiziaria. Ne discende, che il testatore non può spingersi all'imposizione, ai suoi successori, dei soggetti ai quali gli stessi debbano sottomettere le controversie giuridiche nascenti dal testamento. Si aggiunge: la validità della disposizione testamentaria, che nominasse direttamente l'arbitro, non potrebbe essere recuperata, neppure affermando che la persona designata dal testatore altro non è che un esecutore testamentario, in quanto tale, non vede ricompresi, fra i suoi poteri, quello di risolvere i conflitti tra i successori testamentari»; concorda F. PADOVINI, *op. cit.*, p. 112.

⁴⁰ F. FESTI, *op. cit.*, p. 821 ss.

⁴¹ A.D. CANDIAN, *La funzione sanzionatoria nel testamento*, cit., p. 187, sostiene che «sembra plausibile [...] che l'attività richiesta in tal modo al terzo si inserisca compiutamente nell'istituto del mandato così come oggi è recepito. In questo caso il mandato può considerarsi senz'altro valido: da una parte, non avendo per oggetto un'attribuzione patrimoniale a terzi, non configura un'ipotesi di patto successorio; d'altra parte, essendo conferito "anche nell'interesse del mandatario o di terzi" rientra nella previsione dell'art. 1723, 2° comma c.c. e non può dunque considerarsi senz'altro estinto per la morte del

mandante. Dunque il testatore conferisce un mandato *post mortem exequendum* ad una persona di fiducia per comporre e decidere eventuali controversie. In tal modo si può rendere giuridicamente rilevante quell'intento del *de cuius*».

⁴² Sull'incompatibilità con l'ufficio di esecutore testamentario concordano pressoché tutti gli autori che si sono dedicati al tema. Per tutti si rinvia ai rilievi di G. BONILINI, *Autonomia testamentaria e soluzione delle controversie in via arbitrale*, in *Contratti*, 1999, p. 634 e di G. PERLINGIERI, *La disposizione testamentaria di arbitrato*, cit., p. 150, il quale, da parte sua, mette in luce «la potenziale situazione di conflitto d'interessi» in cui verrebbe a trovarsi l'arbitro-esecutore testamentario, atteso che quest'ultimo «è già titolare di un autonomo diritto di azione nell'eventuale lite insorta».

⁴³ F. FESTI, *op. cit.*, p. 820 ss.

⁴⁴ A. SASSI, *Testamento e garanzie giurisdizionali*, cit., p. 1417; si diffonde ampiamente sul problema G. PERLINGIERI, *La disposizione testamentaria di arbitrato*, cit., p. 149, il quale, afferma che la questione dell'arbitrabilità della lite «riguarda la natura dell'interesse protetto, la disponibilità della lite, nonché la rilevanza, nel caso concreto, di un interesse pubblico qualificato che impone, per la stessa logica, un intervento pubblico».

⁴⁵ V. Trib. Bologna, Sez. spec. imprese, 15 aprile 2015, in *www.pluris-cedam.utetgiuridica.it*, in cui si legge che «Le controversie in materia societaria possono, in linea generale, formare oggetto di compromesso, con esclusione di quelle che riguardano interessi della società o che concernono la violazione di norme poste a tutela dell'interesse collettivo dei soci o dei terzi. A tal fine l'area della indisponibilità deve ritenersi circoscritta a quegli interessi protetti da norme inderogabili, la cui violazione determina una reazione dell'ordinamento svincolata da qualsiasi iniziativa di parte, quale le norme dirette a garantire la chiarezza e la precisione del bilancio di esercizio e dunque attengono a diritti indisponibili, come tali non compromettibili in arbitri ex art. 806 c.p.c., soltanto le controversie relative all'impugnazione di deliberazioni assembleari di società aventi oggetto illecito o impossibile, le quali danno luogo a nullità rilevabile anche di ufficio dal Giudice»; nonché in termini più specifici Cass., ord. 27 giugno 2013, n. 16265 in *CED Cassazione*, in cui si afferma che «Attengono a diritti indisponibili, come tali non compromettibili in arbitri ex art. 806 cod. proc. civ., soltanto le controversie relative all'impugnazione di deliberazioni assembleari di società aventi oggetto illecito o impossibile, le quali danno luogo a nullità rilevabile anche d'ufficio dal giudice, cui sono equiparate, ai sensi dell'art. 2749 *ter* cod. civ., quelle prese in assoluta mancanza di informazione».

⁴⁶ G. BONILINI, *Le disposizioni aventi ad oggetto la soluzione arbitrale delle controversie successorie*, in *Le disposizioni testamentarie*, diretto da Bonilini e coordinato da Barba, Torino, 2012, p. 437 s., propende per la qualificazione della disposizione arbitrale quale *modus* in senso tecnico, tenuto conto che «essa esalta un interesse, che è, anzitutto, del testatore, e che trova valorizzazione per tramite (di un'istituzione di erede, o di legato, corredata) di un *modus*, che realizza un modo di essere della disposizione istitutiva. Quel *modus*, in definitiva, si attesta quale fonte dell'obbligazione di approdare alla procedura arbitrale in caso di controversie rannodate al testamento, tramite il rimedio della stipula, da parte dei successori, del compromesso in arbitri. Negozio, questo, solutorio, al pari

degli altri negozi, o attività, necessari all'adempimento di altre figure modali, dalle quali non differisce punto»; è d'obbligo, per quanto concerne le caratteristiche generali del *modus*, il rinvio allo studio di A. MARINI, *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, Milano, 1976.

⁴⁷ G. BONILINI, *Autonomia testamentaria e soluzione delle controversie in via arbitrale*, cit., p. 636.

⁴⁸ S. PARDINI, *La clausola arbitrale testamentaria*, cit., p. 114 s., propende per una tale configurazione, osservando che «l'imporre agli onorati il compromesso si risolve nell'attribuzione reciproca all'uno nei confronti degli altri del diritto potestativo di chiedere la stipula del compromesso al momento in cui diviene attuale una controversia tra di loro».

⁴⁹ Contesta la qualificazione della disposizione arbitrale quale legato di contratto, G. BONILINI, *op. ult. cit.*, p. 636, rilevando come «il legato evoca un che di vantaggioso; esso è disposizione di diritti specificamente determinati, che, di regola, attuano una liberalità; il che si verifica, altresì, nel caso in cui lo stesso finisca per attribuire un diritto di credito, cui sta di fronte, correlativamente, una posizione passiva in capo ad un onerato, che trova nella eredità la sua giustificazione, quanto meno, economica. È sì vero, che, ove, il legato sia gravato da un *modus*, può ben essere che il legatario non consegua alcunché – potendo l'adempimento del *modus* assorbire l'intero valore economico del legato (art. 671 Codice civile) – senza, nondimeno, che risulti snaturata la disposizione di legato, ma è altrettanto vero, che la disposizione arbitrale viene dettata più per il soddisfacimento di un interesse del testatore, che non dei suoi successori, sebbene non si possa escludere, che quel soggetto l'abbia concepita, paternalisticamente».

⁵⁰ Cfr. G. BONILINI, *Autonomia testamentaria e legato. I legati così detti atipici*, Milano, 1990, p. 222 ss.

⁵¹ F. FESTI, *op. cit.*, p. 827, ritiene ammissibile la condizione testamentaria d'arbitrato, al cui rispetto sia subordinata la risoluzione del lascito. Questa, infatti, non potrebbe considerarsi aprioristicamente illecita, tenuto conto che siffatta sanzione è riservata nell'esegesi dottrinale e giurisprudenziale a quegli elementi accidentali tendenti ad incidere sulle prerogative fondamentali della persona, ledendone la dignità. In tal senso può farsi riferimento alla c.d. condizione di contrarre matrimonio, la cui illiceità è stata riconosciuta da Cass., 15 aprile 2009, n. 8491, in quanto lesiva della libertà di autodeterminazione del chiamato. Sul punto v. anche V. BARBA, *Le disposizioni sottoposte alla condizione di contrarre matrimonio*, in *Le disposizioni testamentarie*, diretto da Bonilini e coordinato da Barba, cit., p. 977 ss.

⁵² A. SASSI, *op. cit.*, p. 1425, affronta la questione «concernente l'eventualità che l'ereditando abbia incluso nel meccanismo risolutivo anche disposizioni attributive di quote di legittima. In questo caso, all'operare del citato meccanismo, consegue una lesione quantitativa della quota, incompatibile con i diritti riservati e con la disposizione di cui all'art. 549 c.c., che trova qui applicazione. Deriva che, ferma sempre restando la disposizione di arbitrato attivabile ex art. 810 c.p.c. e la possibilità di eccepire il difetto di competenza dell'a.g.o. con le modalità di cui all'art. 819 *ter* c.p.c., il legittimario "inadempiente" leso dalla risoluzione, per bloccarne l'operatività, dovrà invocare l'applicazione del divieto

di cui al citato art. 549 c.c., agendo di conseguenza, ovvero, se convenuto in giudizio, spendendo la relativa eccezione, in presenza dei presupposti richiesti dalla legge».

⁵³ F. FESTI, *op. cit.*, p. 824; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, I, 4^a ed., Milano, 2015, p. 769 s.; si v., in particolare, G. PERLINGIERI, *La disposizione testamentaria di arbitrato*, cit., p. 150 s.

⁵⁴ Opta per questa soluzione G. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 156.

⁵⁵ Per quanto riguarda l'annoso problema della causa del testamento, appare utile premettere che in dottrina si sono sviluppati due orientamenti divergenti, rispettivamente rispondenti alla teoria «atomistica» (o «pluralista») ed a quella «unitaria». Secondo la prima prospettazione, il testamento non avrebbe un contenuto tipizzato, presentandosi piuttosto come una «forma atta ad accogliere una pluralità di negozi a causa di morte» (E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, Torino, 1952, p. 319-320), ciascuno dei quali dotato di una causa distinta ed autonoma. La teoria «unitaria», per contro, riconosce la negozialità dell'atto di ultima volontà complessivamente considerato, che esplicherebbe la sua funzione nella regolazione dell'assetto di interessi facenti capo al *de cuius* in relazione al momento in cui questi avrà cessato di vivere (G. PERLINGIERI, *La revocazione delle disposizioni testamentarie e la modernità del pensiero di Mario Allara. Natura della revoca, disciplina applicabile e criterio di incompatibilità oggettiva*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 778).

⁵⁶ L. BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, Milano, 1976, p. 38.

⁵⁷ P. BOERO, *Il testamento*, cit., p. 681 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *op. ult. cit.*, p. 39, sottolinea come «la tipicità del negozio *mortis causa* in generale non si identifica “col concetto di una tipicità formale che operi per rinvio ad un numero chiuso di *species nominate*”. Tipicità, in tal senso, dovrebbe infatti significare soltanto che, perché l'atto (e, quindi, anche quello patrimoniale) di ultima volontà sia valido, debba “rispondere alla generica funzione, che l'ordinamento gli riconosce come tipica” e, cioè, a quella di regolare gli interessi patrimoniali del testatore per il tempo successivo alla morte di costui. Il che, se anche dovesse equivalere ad ammettere, “nell'ambito della generale funzione delineata, la piena libertà del testatore in ordine alla determinazione del contenuto del testamento, senza il limite del ricorso a disposizioni nominativamente previste”, non dovrebbe, per altro verso, condurre ad una considerazione del relativo contenuto in chiave di (autonome) disposizioni negoziali (tipiche o atipiche), potendosi, tutt'al più, riscontrare l'esistenza, nel quadro di una tipicità contrassegnata dalla funzione dell'atto, di disposizioni nominate e innominate, attraverso le quali quella funzione si precisa»; si rinvia anche a G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, cit., p. 116, secondo cui «se anche il negozio unilaterale, per il suo particolare modo di porsi, non può non essere *tipico*, non è esatto però il pretendere che esso debba essere anche *nominato*, individuato cioè sempre, per singoli casi di specie, da particolari norme di legge; perché tipico e nominato sono qualifiche, che sotto tale aspetto possono risultare non coincidenti»; sia consentito il rinvio anche a P. LAGHI, *La clausola di diseredazione: da disposizione «affittiva» a strumento regolativo della devoluzione ereditaria*, cit., p. 15 ss.; per quanto concerne la dimensione costituzionale e comunitaria del principio di legalità, fondamentale è il rinvio agli insegnamenti di P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, *passim*.

⁵⁸ In tal senso è consolidato in dottrina l'orientamento che è addivenuto ad affermare l'ammissibilità della clausola di esclusione del successibile *ab intestato*, la quale, malgrado «innominata», sarebbe, comunque, riconducibile alla funzione «tipica» del testamento, inserendosi nella regolazione della devoluzione ereditaria, anche se in negativo. Al riguardo v. P. LAGHI, *op. ult. cit.*, p. 17 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *A proposito di diseredazione*, in *Corr. giur.*, 1994, p. 1507.

⁵⁹ Cfr. F. FESTI, *op. cit.*, p. 831.

⁶⁰ Sia consentito il rinvio a P. LAGHI, *Legato «innominato» e meritevolezza dell'interesse*, cit., p. 681 s.; è opportuno precisare come, in linea generale, la dottrina prevalente escluda l'estensione del giudizio di meritevolezza al settore testamentario (per tutti v. G. BONILINI, *Il negozio testamentario*, in *La successione testamentaria*, in *Tratt. succ. don.* Bonilini, cit., p. 15 ss., A. TRABUCCHI, *L'autonomia testamentaria e le disposizioni negative*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, p. 44 ss.).

⁶¹ Sul punto si rinvia ai fondamentali rilievi di G. PERLINGIERI, *La disposizione testamentaria di arbitrato*, cit., p. 148 s.

⁶² F. PADOVINI, *op. cit.*, p. 110, osserva che la compatibilità della disposizione arbitrale con il testamento deve essere valutata alla stregua del combinato disposto degli artt. 24 e 110 cost., con la conseguenza di doversi ammettere «senza difficoltà una clausola arbitrale testamentaria ove essa sia in favore di un arbitro rituale e di diritto, il cui lodo sia impugnabile per errore di diritto, ed a dubitare, al massimo, di una clausola arbitrale testamentaria in favore di un diverso arbitro».

II Parte

L'evoluzione del concetto di paesaggio tra legislazione e giurisprudenza costituzionale

di Diego D'Amico

“Il mio pensiero è che l'arte è un valore essenziale ed attuale della personalità nazionale e quindi del patrimonio ideale che lo Stato amministra, organizzando e guidando il Popolo. Una politica che voglia essere veramente l'organizzazione della vita nazionale in ordine ai supremi fini dello Stato, deve curare il fatto arte in tutte le sue manifestazioni: spirituali e creative, educative sociali ed economiche... Noi vogliamo un nuovo modo di intendere la cura dell'arte antica e del museo, non come mero documento, spoglia esame, ma come attuale valore della personalità storica nazionale”.

Da un articolo comparso il 15 luglio 1938 su *“Critica Fascista”*, oggi in G. Bottai, *La politica delle arti. Scritti 1918-1943*, a cura di A. Masi, Roma, 2009, p- 143

SOMMARIO: 1. DALLA "TEORIA DELLA CRISTALLIZZAZIONE O PIETRIFICAZIONE" DEI BENI MERITEVOLI DI TUTELA ALLA CONCEZIONE "DINAMICA" DEL PAESAGGIO — 2. LA PRIMAUTÉ DEL VALORE ESTETICO- CULTURALE — 3. LA CONNESSIONE DELLA TUTELA PAESAGGISTICA CON QUELLA AMBIENTALE — 4. LA VALENZA PERCETTIVA (ESTETICO-IDENTITARIA) DEL PAESAGGIO.

1. Sino agli anni '70, il Giudice delle leggi ha individuato i beni meritevoli di tutela, ai sensi dell'art. 9 Cost., con la teoria della “cristallizzazione” o della “pietrificazione”¹.

Tuttavia, già il legislatore pre-repubblicano aveva recepito quella concezione estetica del paesaggio; infatti, la legge sulla «Protezione delle bellezze naturali» - n. 1497/1939 - tutelava anche la «bellezza naturale» e la «non comune bellezza», in quanto di «notevole interesse pubblico» e apprezzava, inoltre, il «valore estetico», esprimendosi nei termini figurativi,

e non giuridici, di «quadri naturali»²: un'idea di paesaggio improntata, dunque, ad una concezione estetizzante³.

Simile rappresentazione del bello di natura, ancor prima, era stata accolta dal legislatore del 1922, con la legge n. 778⁴, su cui, naturalmente, la Corte costituzionale non ha mai potuto esercitare il suo scrutinio.

Difatti, trattandosi di un tempo antecedente alla Costituzione del '48, non si sarebbe potuto intendere il bello di natura se non in senso puramente estetico ed il paesaggio stesso come sinonimo e col significato di panorama, vale a dire di veduta⁵.

L'estetica non può che cogliere il bello - naturale - e, pertanto, ciò che è percepibile ai sensi, alla vista in particolare e la cui fruizione si traduce in un miglioramento della qualità della vita, che dev'essere accessibile a tutti ed è interesse di tutti.

Una dimensione, dunque, decisamente democratica del bello di natura che lo fa assurgere ad «interesse pubblico», per la prima volta qualificato tale.

Ciò nonostante, la dottrina successiva - soprattutto a partire dagli anni Ottanta - riscontra limiti alla concezione del bello, che, in quanto puramente estetica, rimane oziosa, appannaggio delle classi superiori e limitata a recepire la bellezza naturale senza spendersi per essa, né in termini di protezione né di evoluzione⁶.

Anche nella giurisprudenza costituzionale, la sinonimia tra «paesaggio» e «bellezze naturali» segue la stessa sorte toccata nella legislazione e in dottrina⁷.

Vi si afferma e permane, dagli anni '60 e sino alla metà degli anni '80, con un'attenuazione graduale di nettezza sul finire di questo periodo, cui vi possiamo ascrivere la decisione n. 65 del 1959; la decisione n. 56 del 1968; la decisione n. 141 del 1982, ed anche la decisione n. 239 del 1982.

A rigore, la tutela del paesaggio, *ex art. 9 Cost.*, per la prima delle quattro decisioni citate, rimane chiaramente compresa «nella più ampia *“protezione delle bellezze naturali”*»⁸; le successive pronunce, invece, confermano una concezione puramente estetizzante del paesaggio, ai sensi della stessa norma, fino, almeno, alla decisione n. 239, nella quale, alle «solite» «bellezze paesistiche», viene correlato un «nuovo» «valore estetico-culturale» da proteggere⁹.

Con la decisione n. 94 del 1985, poi, la Corte costituzionale si avvia alla concezione «dinamica» del paesaggio e della sua tutela. Questa, osserva la Corte, «non può venire realisticamente concepita in termini statici, di assoluta immodificabilità dei valori paesaggistici registrati in un momento dato, ma deve, invece, attuarsi dinamicamente e cioè tenendo conto delle esigenze poste dallo sviluppo socio-economico del paese per quanto la

soddisfazione di esse può incidere sul territorio e sull'ambiente».

La necessità di bilanciare interessi diversi e coordinare molteplici interventi viene affermata con la decisione n. 359 dello stesso anno, nella quale il «valore paesaggistico» viene letto dal Giudice delle leggi «come aspetto del valore estetico-culturale secondo scansioni diverse, perché legate a scelte di civiltà di più ampio respiro»¹⁰.

La Consulta evidenzia, inoltre, che il paesaggio così inteso, «unitamente al patrimonio storico ed artistico della Nazione, costituisce un valore cui la Costituzione ha conferito straordinario rilievo, collocando la norma che fa carico alla Repubblica di tutelarlo tra i principii fondamentali dell'ordinamento (art. 9, secondo comma, Cost.)»¹¹.

È in tale contesto, poi, che la legge Galasso¹² si inserisce, creando una svolta alla quale aderisce anche la giurisprudenza della Corte (a partire dalla decisione n. 151/1986), proponendo, infatti, «una riconsiderazione assidua dell'intero territorio nazionale alla luce e in attuazione del valore estetico-culturale»¹³.

2. Con la legge n. 431/1985, inerente la tutela delle zone di particolare interesse ambientale¹⁴, il vincolo di tutela viene esteso a tutto il territorio nazionale avente particolari caratteristiche naturali e viene previsto che le Regioni¹⁵ sottopongano «a specifica normativa d'uso e di valorizzazione ambientale il relativo territorio mediante la redazione di piani paesistici o di piani urbanistico-territoriali con specifica considerazione dei valori paesistici ed ambientali»¹⁶.

L'aspetto più significativo, nella visione del legislatore degli anni Ottanta, è, però, l'emergere dell'ambiente, non nella sua «rilevanza estetica», bensì «nella sua complessità di "contenitore" di interessi differenti, ciascuno con una propria e peculiare configurazione»¹⁷.

È questa stratificazione normativa che consente l'evoluzione dalla concezione estetica del paesaggio al riconoscimento di una più ampia valenza socio-culturale ed ambientale dei beni meritevoli di tutela.

La Corte costituzionale, sul punto, se ne avvede e da subito, in sede di vaglio di legittimità¹⁸, ascrive a merito della nuova disciplina la corretta lettura della tutela del paesaggio, nel senso di conforme alla Costituzione; infatti, «La norma impugnata» - essa riconosce - «si discosta nettamente dalla disciplina delle bellezze naturali contenuta nella legislazione pre-costituzionale di settore», per preferirvi una concezione «aderente al precetto dell'art. 9 Cost., il quale, secondo una scelta operata al più alto livello dell'ordinamento, assume il detto valore come primario»¹⁹. Quella

disposizione, infatti, «fa emergere della tutela del paesaggio il carattere non più conservativo e statico, ma gestionale e dinamico (l'intervento umano è valutato positivamente se controllato e mirato)»²⁰.

Con la successiva giurisprudenza²¹, il paesaggio quasi trasfigura in ambiente.

La Corte, infatti, dà sempre maggior rilievo all'essere ed all'agire dell'uomo; cosicché il paesaggio, trasformato dalla presenza operosa di costui, perde fissità ed alterità per ammantarsi di valenze (ulteriori rispetto a quella estetica, che è intrinseca) acquisibili solo grazie all'interazione con l'esterno: la cifra culturale, quella urbanistica e quella sanitaria²², in particolare, diventeranno caratteristiche ineludibili di una concezione ulteriormente rinnovata²³.

In una normazione di cifra repubblicana, d'altro canto, il paesaggio va a confluire naturalmente nell'ambiente, nel senso suggerito dall'etimo - ora, latino - di quest'ultimo termine. L'art. 9 della Costituzione rompe, infatti, la visione puramente estetica e statica del paesaggio, scuotendolo col valore dell'intervento umano, con la valenza delle componenti sociale e storica dello spazio e con la forza dell'interazione tra suolo, fauna e flora.

Il paesaggio non è più "altro" rispetto a ciò che lo circonda.

Nella giurisprudenza costituzionale va componendosi, così, un nuovo valore: quello «estetico-culturale», in ragione del quale la tutela del paesaggio dev'essere «improntata a integralità e globalità»²⁴. Ad esso, fin dal suo delinearsi, viene riconosciuta la «primarietà»²⁵, perseguita - come, ad esempio, nella sent. n. 359 del 1985²⁶ - «secondo un modello ispirato al principio di leale cooperazione»²⁷.

Poiché si tratta di una tutela primaria, «nessun bilanciamento», infatti, «può dare un'utilità maggiore comprimendo l'interesse ambientale, poiché questo ha un valore assoluto»²⁸. Da tale assunto in poi, la Corte, invero, sarebbe apparsa più preoccupata - in quanto investitane - del compito di tracciare il riparto di competenza tra Stato e Regioni nella materia, piuttosto che di definire la questione concettuale del significato di paesaggio²⁹.

D'altro canto, se il valore estetico-culturale viene riconosciuto come primario, s'impone - come nella decisione n. 196 del 2004 - la necessità di «conciliare una concezione assiologica del paesaggio con le esigenze di bilanciamento originate dal confliggere di diversi interessi»³⁰.

3. Per quanto concerne la nostra Carta costituzionale, l'art. 117 Cost., come novellato nel 2001, non contempla il "paesaggio"; la lettera s) del secondo comma di tale articolo cita l'ambiente, l'ecosistema ed i beni

culturali, giammai il paesaggio: questo per quanto attiene alla competenza statale esclusiva. Non lo indica, però, neppure il terzo comma dell'art. 117 - competenza concorrente -, che annovera, piuttosto, il governo del territorio, nonché la valorizzazione dei beni culturali e ambientali³¹.

All'ambiente, invece, la riforma del 2001 conferisce lo *status* costituzionale manchevole nell'originario testo della Carta fondamentale, eppure già configurato nello sforzo costante della Corte³², del legislatore ordinario e della dottrina. Esso viene affidato all'esclusiva competenza legislativa dello Stato, superando la precedente concezione "orizzontale"³³, che - alimentata dalla sua mancata menzione nel testo costituzionale del '48 -, lo connetteva in via strumentale alle varie materie, ora di competenza statale, ora di competenza regionale³⁴.

Quasi inevitabile, in tale contesto, che alla necessità di collocare il paesaggio nel Titolo V, rimediando alla sua mancata menzione, si provveda scambiando di posto "paesaggio" ed "ambiente".

Prima della riforma, infatti, l'ambiente, pur non menzionato³⁵, aveva avuto accesso all'ambito costituzionale ed alla considerazione del Giudice della Consulta in quanto sussunto nel concetto di paesaggio, collocato tra i principii fondamentali della Repubblica (art. 9 Cost.).

Con la modifica del Titolo V, la situazione s'inverte: il paesaggio, obliterato dalla riforma, in virtù dell'opera interpretativa della Corte, viene connesso all'ambiente, contemplato, invece, dall'art. 117 Cost. novellato, come di competenza statale esclusiva³⁶.

La Consulta traduce, così, il silenzio del legislatore costituzionale in una ben precisa scelta tra le plurime ipotesi avanzate dalla dottrina fin dalla prima lettura della rinnovata norma di riparto legislativo³⁷: nella sentenza n. 367 del 2007, essa, infatti, non solo delinea in negativo il nuovo significato di paesaggio, ma lo collega³⁸ anche chiaramente all'ambiente. Se è vero che «l'oggetto tutelato» dall'art. 9 Cost. (la «tutela del paesaggio» senza alcun'altra specificazione) «non è il concetto astratto delle "bellezze naturali"», esso è, però, «l'insieme delle cose, beni materiali, o le loro composizioni, che presentano valore paesaggistico»; il bene contemplato dalla prima parte della Carta fondamentale è, dunque, «innanzitutto, la morfologia del territorio», ciò che «riguarda ... l'ambiente nel suo aspetto visivo»³⁹.

Attraverso la caratteristica della visività, la Corte, dunque, rafforza il legame già in precedenza costituitosi tra paesaggio ed ambiente, seppure su altro registro (quello estetico-culturale); ancor più, essa rileva un'indissolubilità di elementi, da cui consegue un altrettanto inscindibile

esigenza di «conservazione ambientale e paesaggistica» assieme. Cosicché, l'ambiente, in quanto «riconducibile senz'altro ad una "entità organica" quale... il paesaggio», perde «i contorni indefiniti di un valore che attraversa differenti ambiti materiali» per farsi «esso stesso materia»⁴⁰.

L'ambiente si fa materia – anche - attraverso il paesaggio. Questo, a sua volta, in quanto collegato all'ambiente, si conforma, in un certo senso, anch'esso come materia, ai sensi di quell'art. 117 Cost. nel quale il legislatore costituzionale del 2001 non aveva ritenuto d'indicarlo.

Simmetricamente, dunque, il paesaggio si fa materia attraverso l'ambiente.

La tutela necessaria, ai fini della conservazione ambientale e paesaggistica così individuata, sul piano legislativo, non può che essere di spettanza statale.

Una volta ricondotta quella "conservazione" all'ambiente - alla materia ambiente - è sufficiente, a tal fine, la piana lettura dell'art. 117, co. 2, lett. s), Cost. In effetti, la Corte, riconosciuto che «sul territorio gravano più interessi pubblici», non ha dubbi nello stabilire che la «cura» di «quelli concernenti la conservazione ambientale e paesaggistica» spetta «in via esclusiva allo Stato»⁴¹. Non solo: la Corte sviluppa ulteriormente quest'attribuzione, traendone conseguenze sul piano dei rapporti inter-competenziali. Precisamente, poiché il bene oggetto della tutela ambientale e paesaggistica è «complesso ed unitario, considerato dalla giurisprudenza costituzionale un valore primario ed assoluto»⁴², la relativa competenza normativa (statale esclusiva) «precede e comunque costituisce un limite alla tutela degli altri interessi pubblici assegnati alla competenza concorrente delle Regioni in materia di governo del territorio e di valorizzazione dei beni culturali e ambientali»⁴³.

Il rapporto che la Corte individua tra paesaggio ed ambiente le consente, così, in una stessa pronuncia (la decisione n. 367 del 2007), di definire tre punti fondamentali, tra loro consequenziali: l'unitarietà della tutela ambientale e paesaggistica, la primazia della stessa sulle altre inerenti il territorio, la sua esclusiva spettanza statale⁴⁴.

Rispetto alla fissazione di questi tre cardini sulla tutela del paesaggio-ambiente, la giurisprudenza costituzionale precedente appare incrementalmente preparatoria⁴⁵, quella successiva, invece, rafforzativa⁴⁶.

4. Per quanto concerne il disegno di legge di riforma costituzionale attualmente all'esame del Parlamento, allo stato attuale, l'ambiente non entrerà tra i principi fondamentali della Repubblica⁴⁷; viceversa, tutela e valorizzazione dei beni paesaggistici vengono menzionate tra le materie di competenza legislativa esclusiva dello Stato⁴⁸.

D'altro canto, il movimento che, a più ondate, ha manifestato l'esigenza di costituzionalizzazione dell'ambiente⁴⁹ è rimasto sostanzialmente soddisfatto dalla collocazione di esso, con la riforma del 2001, in una norma-chiave della Costituzione, pur se posizionata nella Parte dedicata all'«Ordinamento della Repubblica» e non tra i «Principi fondamentali»⁵⁰.

Similmente, l'esigenza di una collocazione espressa del «paesaggio» nella norma di riparto competenziale è stata in buona parte già appagata da una recente, rinnovata attenzione per il paesaggio in senso percettivo. Ci si riferisce all'interesse manifestato a riguardo dai singoli cittadini, dalle associazioni di settore, dall'opinione pubblica, dai mass media, ma anche e soprattutto dal legislatore ordinario e dal giudice costituzionale. La Consulta, in effetti, si è molto spesa, con la propria attività giurisprudenziale, in favore di un riconoscimento di primarietà del valore paesaggistico. Ma anche il versante legislativo si è mosso nella stessa direzione. L'attuale disciplina dei piani paesaggistici ad opera del Codice dei beni culturali e del paesaggio, ad esempio, rispetto ai precedenti strumenti di tutela e di valorizzazione, ha rappresentato una rivalutazione del paesaggio quale parte visibile del territorio. In questo modo, infatti, la tutela del bene contemplata all'art. 9 Cost. viene presa in specifica considerazione e posta al vertice del sistema di pianificazione territoriale⁵¹, in coerenza con una perspicua lettura della composizione del patrimonio culturale che il Codice propone⁵².

Questo strumento normativo ha anche dato applicazione alle principali prescrizioni della Convenzione europea del Paesaggio⁵³, ad oggi, espressione documentale più avanzata di una diffusa esigenza europea di protezione del paesaggio percettivo⁵⁴.

La Convenzione stessa, anzi, è, di per sé, segno inequivocabile di un rinnovato interesse per il paesaggio in quanto tale e per gli strumenti della sua tutela.

Sotto la sua palpabile influenza è poi intervenuta, nel 2008, la modifica dell'art. 131 del Codice Urbani⁵⁵ ad accogliere un'idea di tutela «volta a riconoscere, salvaguardare e recuperare i valori culturali che il paesaggio esprime»⁵⁶. Diversamente e più articolatamente detto, la novella si apre ad una «dimensione identitaria quale profilo determinante nel sancire la valenza paesaggistica di un territorio, in quanto riassuntiva ... dei diversi processi di riconoscimento del valore simbolico, testimoniale od estetico» di esso⁵⁷.

Con questa rinnovata definizione di paesaggio, appare chiaro l'intento di orientare la tutela secondo la percezione delle persone, piuttosto che rivolgerla a «quelle aree che hanno determinate caratteristiche estetiche o esprimono particolari contenuti culturali ed identitari»⁵⁸. Si ripropone, dunque, una

valenza percettiva del paesaggio, ma non puramente estetico-visiva, bensì estetico-identitaria; ad intendere un'operazione di riconoscimento di sé che - attraverso i sensi e l'intelletto - l'individuo, la collettività ed il singolo nella collettività può realizzare nell'ambiente circostante. In questo modo, il paesaggio assume una sua autonoma valenza rispetto all'ambiente, pur rimanendone espressione visiva (valenza estetico-identitaria: «il concetto di paesaggio indica, innanzitutto, la morfologia del territorio»; esso «riguarda», pur sempre, «l'ambiente nel suo aspetto visivo»)⁵⁹.

Sono ormai maturi i tempi per il superamento di quella diffidenza, anche giuridica, in passato condensatasi attorno alla concezione estetica del paesaggio⁶⁰, soprattutto dalla metà degli anni Settanta; da quando, cioè, si è cominciato a concepire la tutela dell'ambiente (inteso come ecosistema) quale «priorità politica e sociale»⁶¹, sì da doverlo sostituire al «paesaggio», che veniva contestualmente ridotto a mero «panorama»⁶².

È opportuno, ad oggi, recuperare del paesaggio l'aspetto estetico (non come «la bella veduta», oppure «il panorama», ma) come «identità estetica dei luoghi», vale a dire il loro proprio «carattere distintivo», ad essi solo appartenente⁶³. Ed è opportuno perché l'estetica «è fonte di sollievo e di contemplazione consentendo riconciliazioni con il mondo esterno con il quale sovente siamo in tensione» e perché «queste sensazioni si vivono intensamente» proprio «nella estetica paesaggistica»⁶⁴. È, d'altro canto, in ragione dell'importanza della percezione estetica (pur diversamente intesa) che la l. n. 1497/1939 configurò come pubblico interesse «il godimento delle bellezze individue e delle bellezze di insieme»⁶⁵; una qualificazione che abbiamo, oramai, la sensibilità di proiettare anche sulle generazioni future, facendo in modo, col nostro comportamento attuale, che, domani, anch'esse «possano beneficiare delle stesse sensazioni»⁶⁶.

Se è vero, però, che «il rapporto che oggi intratteniamo con la natura è di tipo eminentemente estetico, ossia passa in primo luogo per una esperienza percettiva volta ad un sentimento di gratificazione»⁶⁷, è anche vero che il relativo grado di appagamento impatta direttamente e significativamente, oltre che sull'animo umano, anche sul diritto e sull'economia. Basti pensare all'emergenza rifiuti che inghinocchia la Penisola, con particolare complessità soprattutto nel mezzogiorno d'Italia.

Tale circostanza è causa anche di un grave depauperamento estetico dei luoghi interessati - località ad alta valenza turistica, turismo straniero in particolar modo -, con conseguente, significativa contrazione della domanda dei vacanzieri provenienti sia dall'estero che dalle altre parti

del Paese. La perdita economica è stata netta e le difficoltà gestionali e le responsabilità delle amministrazioni locali, nonché l'approssimazione e l'incompetenza degli operatori e dei funzionari, di tutta evidenza. Ragioni economiche, lavorative, formative⁶⁸, si aggiungono, dunque, al su descritto fenomeno di riconoscimento del sé (individuale e collettivo), nel dare corpo ad una valenza estetico-identitaria del bello di natura e dell'estasi estetica che deriva all'uomo dall'incontro con ciò che lo circonda e dalla sua esatta collocazione in esso⁶⁹. Il paesaggio così inteso si posiziona, per sua natura, tra i beni comuni - pur nella difficoltà derivante dalla pluralità delle classificazioni elaboratene in dottrina⁷⁰ -, quale «porzione di spazio fisico (la sua morfologia e le sue qualità) in cui le collettività sono insediate e vivono»⁷¹. Lo stretto legame tra paesaggio e collettività territoriale è ravvisabile, invero, sia nel carattere collettivo della fruizione - e, prim'ancora, dell'appartenenza, sia nella stessa conformazione del paesaggio.

Secondo la concezione identitaria che se ne è accolta e che è parsa sottesa alla più recente normativa (interna ed internazionale), il paesaggio è, infatti, la risultanza dell'incontro, con reciproci condizionamenti, della natura con l'uomo e con comunità di uomini (conformazione). Corrispondentemente, esso è percepito dal singolo e dalle collettività come testimonianza del loro passaggio sulla terra (fruizione); anche quando il godimento è individuale, esso mantiene caratteri collettivi, poiché il singolo, pur in una relazione univoca con l'esterno, percepisce un bene segnato dalla comunità. Dalla qualificazione del paesaggio come bene comune deriva la possibilità di sottrarlo «alla logica dell'appropriazione e ai circuiti della circolazione propri del mercato concorrenziale»⁷², nonché - almeno in prospettiva - di ampliare la legittimazione a ricorrere, a favore di ogni cittadino⁷³. Ogni atto pregiudizievole del paesaggio costituisce, infatti, una *deminutio* della qualità della vita e della possibilità di espressione della personalità nei luoghi ed attraverso i luoghi circostanti, sia del singolo⁷⁴ che della collettività di riferimento.

NOTE

¹ Sulla «teoria della cristallizzazione o pietrificazione», in dottrina, G. VIVOLI, *Prime riflessioni sulla tutela del paesaggio alla luce del nuovo Codice dei beni culturali e sul paesaggio* (D.Lgs. n. 42/2004), in *AmbienteDiritto.it*, 2004, www.ambientediritto.it. Nei primi decenni della Repubblica ci si richiamò «al criterio esegetico della “pietrificazione”» per interpretare l'espressione «paesaggio», di cui all'art. 9 Cost., «limitandola alle bellezze naturali - a ciò che quindi è solo bello da vedere -, dovendosi ritenere tale l'intento dei costituenti». Si rinvia, inoltre, a A. PREDIERI, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in *Id.*, *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione*, Milano, 1969, 3; F. MERUSI, *Commentario all'art. 9 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna, 1975, in part., 434; A. CROSETTI, *Paesaggio*, in *Dig. disc. pubbl.*, XV, Torino, 2008, 542; G. SEVERINI, *Commento all'art. 9 della Costituzione*, in *Codice di edilizia e urbanistica*, a cura di Battini - Casini - Vesperini - Vitale, Torino, 2013, p. 30; R. ROLLI, D. SICLARI, *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Roma, 2015; *ID.*, (a cura di), *Management e valorizzazione del patrimonio culturale locale. Dimensione assiologica, giuridica e relazionale*, Milano 2012; L.R. PERFETTI, *Premesse alle nozioni giuridiche di ambiente e paesaggio*, in *Diritto al paesaggio e diritto del paesaggio*, a cura di W. Cortese, Napoli, 2008; G.F. CARTEI, *Il paesaggio*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, Parte speciale, tomo II, Milano, 2003, 2113; A.M. SANDULLI, *La tutela del paesaggio nella Costituzione*, in *Riv. giur. edil.*, 1967, II, 69 ed in *Id.*, *Scritti giuridici*, II, Napoli, 1990, in part., 292; M. IMMORDINO, *Paesaggio* (tutela del), in *Dig. disc. pubbl.*, X, Torino, 1995, 572; C. BARBATI, *Il paesaggio come realtà etico-culturale*, in *Diritto al paesaggio e diritto del paesaggio*, cit., 31.

² Nello specifico, l'art. 1 della l. n. 1497/1939 così individuava il suo ambito di applicazione: «Sono soggette alla presente legge a causa del loro notevole interesse pubblico: 1. le cose immobili che hanno cospicui caratteri di bellezza naturale o di singolarità geologica; 2. le ville, i giardini e i parchi che, non contemplati dalle leggi per la tutela delle cose d'interesse artistico o storico, si distinguono per la loro non comune bellezza; 3. i complessi di cose immobili che compongono un caratteristico aspetto avente valore estetico e tradizionale; 4. le bellezze panoramiche considerate come quadri naturali e così pure quei punti di vista o di belvedere, accessibili al pubblico, dai quali si goda lo spettacolo di quelle bellezze».

³ Sul punto, M.C. ZERBI, *Paesaggio, un archivio culturale nell'approccio politico-legislativo*, in M. RONZA e M. MAUTONE, *Patrimonio culturale e paesaggio. Un approccio di filiera per la progettualità territoriale*, Roma, 2010, p. 46; R. FATTIBENE, *L'evoluzione del concetto di paesaggio tra norme e giurisprudenza costituzionale: dalla cristallizzazione all'identità*, in www.federalismi.it, 2016.

⁴ Cfr., anche a riguardo, M.C. ZERBI, *ibidem*.

⁵ Sul punto, L. MORI, *Laboratorio “Paesaggio, panorama e belvedere: Sardegna, una terrazza sulla città di Trento”*, in www.academia.edu, p. 2; D. SICLARI, *Il valore dei beni culturali nell'epoca globale. Ovvero per una globalizzazione che non sommerga le culture locali*, Reggio Calabria, 2013; S. AMOROSINO, *Introduzione al diritto del paesaggio*, Bari, 2010; P. MARZARO, *L'amministrazione del paesaggio. Profili critici ricostruttivi di un si-*

stema complesso, Torino, 2011; ID. *Epistemologie del paesaggio: natura e limiti del potere di valutazione delle amministrazioni*, in *Dir. pubbl.*, 2014, p. 843; M. VITTA, *Il paesaggio. Una storia fra natura e architettura*, Torino, 2005; C. TOSCO, *Il paesaggio come storia*, Bologna, 2007; ID., *I beni culturali. Storia, tutela e valorizzazione*, Bologna, 2014.

⁶ Sul punto, F. SPANTIGATI, *Le categorie giuridiche necessarie per lo studio del diritto dell'ambiente*, in *Riv. giur. ambiente*, n. 2/1999, p. 228, così si esprime riguardo all'art. 9 Cost.: «...il paesaggio è una concezione estetica dell'ambiente, conforme alla cultura borghese e fascista degli anni Trenta. Un valore lontano dalle esigenze qualitative di esistenza nella società pluralista».

⁷ Per una sintesi su tale dibattito, soprattutto sulle tesi di Giannini e di Predieri, si rinvia a F. FRACCHIA, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Dir. econ.*, 2002, 218-220; G. ROSSI, *La "materializzazione" dell'interesse all'ambiente*, in ID. (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2015, 11, 12, 15, 16; L. CASINI, «TODO ES PEREGRINO Y RARO...», in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3/2015, 987 ss.

⁸ Cfr., Corte cost. n. 65/1959. In dottrina, D. AMIRANTE, *Profili di diritto costituzionale dell'ambiente*, in P. DELL'ANNO, E. PICOZZA, *Trattato di diritto dell'ambiente*. Vol. I: *Principi generali*, Padova, 2012, p. 252; M. FEOLA, *Ambiente e democrazia. Il ruolo dei cittadini nella governance ambientale*, Torino, 2014, p. 57; R. FATTIBENE, *L'evoluzione*, op. cit.

⁹ Cfr. Corte cost. n. 239/1982. In dottrina, C. DRIGO, *Ambiente e paesaggio*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Diritto costituzionale. Casebook*, Rimini, 2013, 655, considera la sentenza n. 239 il «primo significativo superamento» della concezione estetica, per aver individuato, nella nozione del paesaggio, «un valore estetico-culturale che vive e si realizza nello stesso raccordo tra paesaggio e patrimonio storico culturale voluto e dichiarato dal costituente» e che sarà ribadito ed approfondito nella successiva sent. n. 94/1985.

¹⁰ Cfr. Corte cost. n. 359/1985.

¹¹ Cfr. Corte cost. n. 94/1985.

¹² Sulla legge Galasso, cfr., *ex multis*, L. BERTOLINI, *Dal decreto Galasso alla l. 8 agosto 1985 n. 431: una normativa organica di tutela delle bellezze naturali ad integrazione della legge n. 1497 del 1939*, in *Giur. merito*, n. 6/1985, 1205 ss., M. LIBERTINI, *Tendenze innovative in tema di tutela del paesaggio: le vicende del "decreto Galasso"*, in *Il Foro it.*, n. 7-8/1985, 209 ss., G. TORREGROSSA, *La tutela del paesaggio nella l. 8 agosto 1985, n. 431 (c.d. legge Galasso)*, in *Riv. giur. edil.*, n. 1/1986, 3 ss., F. NOVARESE, *Dal decreto Galasso alla legge 8 agosto 1985 n. 431. Breve storia di un'importante svolta in materia ambientale*, in *Riv. giur. edil.*, n. 4-5/1986, 209 ss.

¹³ Cfr. Corte cost. n. 151/1986.

¹⁴ Trattasi della legge di conversione del d.lgs. n. 312/1985, più noto come "Decreto Galasso": «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 27 giugno 1985, n. 312, recante disposizioni urgenti per la tutela delle zone di particolare interesse ambientale. Integrazioni dell'articolo 82 del decreto del Presidente della Repubblica 24 luglio 1977, n. 616».

¹⁵ Nel frattempo, nel '77, con il D.P.R. n. 616, era stata attribuita alle Regioni la delega alla tutela paesaggistica, con non poche, conseguenti difficoltà per quest'ultime, neoistituite.

¹⁶ La pianificazione paesistica, come strumento attuativo della tutela sul territorio, era stata prevista, per la prima volta, dalla legge del '34.

¹⁷ S. CARMIGNANI, *Paesaggio, agricoltura e territorio. Profili pubblicistici*, in S.

CARMIGNANI, N. LUCIFERO, E. ROOK BASILE, *Strutture agrarie e metamorfosi del paesaggio. Dalla natura delle cose alla natura delle cose*, Milano, 2010, p. 3.

¹⁸ Nei giudizi di legittimità costituzionale del d.l. 27 giugno 1985, n. 312, recante «Disposizioni urgenti per la tutela delle zone di particolare interesse ambientale», convertito nella legge 8 agosto 1985, n. 431, promossi con ricorsi delle Regioni Veneto, Valle d'Aosta, delle Province autonome di Bolzano, di Trento e della Regione Friuli-Venezia Giulia, *indi* riuniti dalla Corte costituzionale.

¹⁹ Cfr. Corte cost. n. 151/1986.

²⁰ Cfr. Corte cost. n. 151/1986. Sul recepimento, nella legge Galasso, della concezione del paesaggio come ambiente, a differenza dei suoi precedenti legislativi, si rinvia a C. AMICONI, *Brevi note per una rivalutazione della concezione estetica del paesaggio*, in *Riv. amm.*, 1998, p. 1081.

²¹ Cfr., in particolare, le decisioni Corte cost. n. 210/1987; n. 379/1994; n. 417/1995; n. 529/1995.

²² Dal combinato disposto dell'art. 9 con l'art. 32 della Costituzione, la Corte, nel seguito della sua giurisprudenza, avrebbe configurato il diritto all'ambiente salubre.

²³ Con la decisione n. 367/2007, la Corte costituzionale precisa anche in negativo l'oggetto tutelato dall'art. 9 Cost., che «non è il concetto astratto delle "bellezze naturali"» (dal punto 7.1 del Considerato in diritto della sent. Corte cost. n. 367/2007). F. DANI, *Paesaggio e pianificazione provinciale e locale*, in *Ist. Federalismo. Quaderni*, n. 1/2010, 46, ricorda anche la sent. n. 378/2007, nella quale il paesaggio appare «non più bene immateriale, ma bene della vita, materiale e complesso, la cui disciplina comprende anche la tutela e la salvaguardia delle finalità e degli equilibri delle sue singole componenti».

²⁴ Cfr., Corte cost. n. 151/1986.

²⁵ È la stessa decisione della Corte cost. n. 151/1986 a dare avvio anche a questo sviluppo giurisprudenziale. Purtuttavia, G.F. CARTEI, *Il Codice e la Convenzione europea del paesaggio. Codice dei beni culturali e del paesaggio e Convenzione europea: un raffronto*, in *Aedon*, n. 3/2008, www.aedon.mulino.it, rileva, a riguardo, una certa disomogeneità della giurisprudenza costituzionale, in quanto «la primarietà del paesaggio», pur nettamente affermata, in particolare, nella sent. n. 367/2007, sembra essere «smentita» dalla stessa Consulta in varie pronunce successive.

²⁶ Cfr. decisione n. 359 del 1985, ove si legge che l'art. 9 Cost. «erige il valore estetico-culturale [...] a valore primario dell'ordinamento, e correlativamente impegna tutte le pubbliche istituzioni, e particolarmente lo Stato e la Regione, a concorrere alla tutela e alla promozione del valore». È una necessità che, per la Corte, «trova immediato riscontro nel principio, sicuramente riguardante le competenze, di leale cooperazione reciproca nei rapporti fra i due enti».

²⁷ Come indicato nella decisione Corte cost. n. 151/1986.

²⁸ Così P. MADDALENA, *La tutela dell'ambiente nella giurisprudenza costituzionale*, in AA. (a cura di), *Energie rinnovabili e compatibilità ambientale. Atti del Convegno nazionale, Gubbio, 10-11 ottobre 2008*, Napoli, 2009, p. 39; R. FATTIBENE, *L'evoluzione, op. cit.*

²⁹ P. MADDALENA, *La nuova giurisprudenza costituzionale in tema di tutela dell'ambiente*, in *Ambiente & Sviluppo*, n. 1/2012, 5 ss. Cfr. anche Corte Costituzionale - Servizio Studi, *La tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali nei giudizi di legittimità costituzionale in*

via principale (2002-2015), a cura di R. Nevola, aprile 2015, ed, in particolare, le sentt. Corte cost. nn. 182/2006, 367/2007, 232/2008, 226/2009, 272/2009 e 101/2010.

³⁰ Così C. DRIGO, *Ambiente*, op. cit., 656, con riferimento alla sentenza citata nel testo. All'A. si rinvia, oltre che per la sentenza in parola (ivi, 656, 657), per le analoghe pronunce della Corte, in particolare per le sentt. n. 437/2000 e n. 478/2002.

³¹ P. CARPENTIERI, *La nozione giuridica di paesaggio*, in www.giusitizia-amministrativa.it.

³² Finalizzato ad assicurare solida protezione al relativo diritto, anche attribuendone la tutela, proprio in quanto costituzionalmente fondato, a tutte le componenti della Repubblica, come mette in rilievo F. FRACCHIA, *Sulla configurazione*, op. cit., p. 220.

³³ M. IMMORDINO, *La dimensione "forte" della esclusività della potestà legislativa statale sulla tutela del paesaggio nella sentenza della Corte costituzionale n. 367 del 2007*, in *Aedon*, n. 1/2008, www.aedon.mulino.it.

³⁴ «La scelta del legislatore costituente», osserva F. FONDERICO, *La Corte costituzionale e il codice dell'ambiente. Commento a Corte costituzionale, sentenza 22 luglio 2009, n. 225*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 4/2010, p. 374, ribalta «un processo di progressiva devoluzione dei poteri statali in periferia, acceleratasi da ultimo con il terzo decentramento (d.lgs. n. 112/1998), e propiziata peraltro da un favorevole indirizzo della Corte costituzionale».

³⁵ S. SANTANGELO, *L'ambiente nella Costituzione: quando in Italia come in Europa?*, in *Silvae*, n. 2/2005, www.silvae.it, pp. 34, 35.

³⁶ Cfr. A. SCIMIA, *La "materia" ambientale tra Stato e regioni dopo la riforma del Titolo V, Parte II, della Costituzione: le prospettive della Corte costituzionale*, in id. 2015.

³⁷ Vale a dire, che il paesaggio fosse di competenza statale esclusiva in quanto rientrante nell'«ambiente» o nei «beni culturali», oppure di competenza legislativa concorrente in quanto rientrante nel «governo del territorio» o riconducibile alla «valorizzazione dei beni ambientali», oppure, infine, di competenza legislativa regionale residuale, in quanto privo di ogni citazione. Così S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Ambiente e paesaggio nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Aedon*, n. 1/2002, www.aedon.mulino.it, e P. CARPENTIERI, *La nozione*, op. cit., pp. 1, 2.

³⁸ D. TRAINA, *Il paesaggio come valore costituzionale assoluto*, in *Giur. cost.*, n. 6/2007, pp. 4112, 4113.

³⁹ Cfr. Corte cost. n. 367 del 2007.

⁴⁰ P. FALLETTA, *La strumentale distinzione tra tutela e fruizione in merito al riparto della competenza legislativa ambientale*, in *Giur. cost.*, n. 1/2010, p. 20; S. CALZOLAIO, *L'ambiente e la riforma del Titolo V (nota breve a due sentenze contrastanti)*, 11 giugno 2003, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it; M. CECCHETTI, *Riforma del Titolo V della Costituzione e sistema delle fonti: problemi e prospettive nella materia "Tutela dell'ambiente e dell'ecosistema"*, in www.federalismi.it, p. 8; M. BETZU, *L'ambiente nella sentenza della Corte costituzionale n. 62 del 2005: le pressioni del caso e le torsioni del diritto*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it; M. SCIARRA, *La "trasversalità" della tutela dell'ambiente: un confine "mobile" delle competenze legislative tra Stato e Regioni*, 11 aprile 2005, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; M. GORLANI, *La materia della caccia davanti alla Corte costituzionale dopo la riforma del Titolo V Cost.: ritorna l'interesse nazionale e il "primato" della legislazione statale di principio?*, in

Forum di Quaderni costituzionali, www.forumcostituzionale.it; Q. CAMERLENGO, *Il nuovo assetto costituzionale delle funzioni legislative tra equilibri intangibili e legalità sostanziale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it.

⁴¹ Cfr. Corte cost. n. 367 del 2007.

⁴² *Ibidem*. La Corte richiama, in proposito, precedenti pronunce - anche risalenti - del giudice costituzionale (sentt. Corte cost. n. 151/1986, n. 182/2006, n. 183/2006 e n. 641/1987).

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ In un passaggio della pronuncia ritroviamo compendiate le tre fondamentali asserzioni: «la tutela ambientale e paesaggistica, gravando su un bene complesso ed unitario, considerato dalla giurisprudenza costituzionale un valore primario ed assoluto, e rientrando nella competenza esclusiva dello Stato, precede e comunque costituisce un limite alla tutela degli altri interessi pubblici assegnati alla competenza concorrente delle Regioni in materia di governo del territorio e di valorizzazione dei beni culturali e ambientali» (corsivi nostri). Cfr. pure le precedenti sentt. Corte cost. n. 232/2005 e n. 51/2006, nonché le successive n. 180/2008 e n. 235/2011.

⁴⁵ P. FALLETTA, *La strumentale*, *op. cit.*, 20, nota che «principi e regole in un primo momento determinanti per la creazione di un sistema di riparto sostanzialmente concorrente tra Stato e Regioni e diretto, in primo luogo, all'attuazione del principio di maggior protezione ambientale, non ricorrono più con la stessa frequenza o, comunque, con la stessa centralità che gli veniva riservata nelle prime sentenze successive alla riforma del Titolo V».

⁴⁶ Ad esempio, della sent. Corte cost. n. 1 del 2010, P. FALLETTA, *ibidem*, ritiene che s'inserisca «nel solco di questa progressiva ricostruzione stato-centrica della tutela ambientale, introducendo elementi che restringono ulteriormente le maglie della legislazione statale e che la rendono difficilmente penetrabile da parte del legislatore regionale». Lo stesso può dirsi della successiva sent. Corte cost. n. 309 del 2011: come rileva M. GORLANI, *Quando è la Corte ad indicare i principi fondamentali di una materia di potestà concorrente*, in *Giur. cost.*, n. 6/2011, 4327, la Corte, poiché «riconosce anche ad una legge dettata in materia di governo del territorio una diretta funzione di tutela del paesaggio», può attribuire alla competenza «del legislatore statale la regia unitaria degli interventi edilizi», offrendogli, così, «uno strumento rafforzativo della tutela del paesaggio».

⁴⁷ Il disegno di legge costituzionale recante «Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del titolo V della Parte II della Costituzione» contempla, difatti, modifiche della sola Parte II della Costituzione.

⁴⁸ Precisamente, alla lett. s) dell'art. 117, co. 2, Cost. - dunque, rientrante nella competenza statale esclusiva, dovrebbe essere prevista la tutela e la valorizzazione dei beni paesaggistici, in una con tutela e valorizzazione dei beni culturali (soltanto quest'ultima - la valorizzazione dei beni culturali - è inclusa, allo stato, nell'elenco del terzo comma dello stesso articolo, indi di spettanza della legislazione concorrente).

⁴⁹ Sulle proposte di modifica dell'art. 9 Cost., nel senso d'includervi l'ambiente, F. DE LEONARDIS, *L'ambiente tra i principi fondamentali della Costituzione*, in www.federalismi.it, p. 1 ss., e P. MANTINI, *Per una nozione costituzionalmente rilevante di ambiente*,

in *Riv. giur. ambiente*, n. 2/2006, 215-217; A. LUCARELLI, *Art. 37. Tutela dell'ambiente*, in *L'Europa dei diritti*, Bologna, 2001, p. 265; L. NANNIPIERI, *Il ruolo della Corte nella definizione della materia ambientale*, in www.gruppodipisa.it, p. 16.

⁵⁰ A. FERRARA, *La "materia ambiente" nel testo di riforma del Titolo V, 30 maggio 2001*, in www.federalismi.it, p. 1.

⁵¹ N. ASSINI-P. MANTINI, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 2003, p. 419. Sui piani paesaggistici previsti dal Codice, v. anche P. CARPENTIERI, *La nozione*, *op. cit.*, pp. 23 ss.

⁵² Come osserva P. CARPENTIERI, *ivi*, p. 22, l'affermazione di cui all'art. 2, co. 1, del Codice (collocantesi nella Parte dedicata ai «Principi»), per la quale «il patrimonio culturale è costituito dai beni culturali e dai beni paesaggistici», dà «attuazione al fondamentale precetto dell'articolo 9 della Costituzione che lega tra loro in un nesso inscindibile beni culturali e paesaggio». Il Codice rafforza, così, l'«intrinseca ed ineliminabile culturalità che distingue il paesaggio dalle materie affini dell'urbanistica e dell'ambiente».

⁵³ La Convenzione, primo trattato internazionale dedicato alla promozione, alla valorizzazione ed alla gestione del paesaggio europeo nel suo complesso, è stata adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, a Strasburgo, il 19 luglio 2000, ed è stata aperta alla firma degli Stati membri dell'organizzazione, a Firenze, il 20 ottobre 2000. In quest'anno l'Italia l'ha sottoscritta, mentre l'ha ratificata nel 2006. In dottrina, C. DRIGO, *Tutela e valorizzazione del paesaggio. Il panorama europeo*, 12 novembre 2012, in www.giurcost.it; A. A. HERRERO DE LA FUENTE, *La Convenzione europea sul paesaggio*, in *Riv. giur. amb.*, 2001, p. 893; G. SCIULLO, *Il paesaggio fra Convenzione e Codice*, in *Riv. giur. urban.*, 2009, 44; L. CASINI, *La valorizzazione del paesaggio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 385.

⁵⁴ Alla lett. a) del primo articolo della Convenzione, il «“paesaggio”» viene definito come «una determinata parte di territorio, così come è percepita dalle popolazioni, il cui carattere deriva dall'azione di fattori naturali e/o umani e dalle loro interrelazioni».

⁵⁵ Dedicato al «Paesaggio». È questa la definizione che, del paesaggio, leggiamo ai primi due commi dell'art. 131 del Codice, così come modificati dal d.lgs n. 63/2008: «Per paesaggio si intende il territorio espressivo di identità, il cui carattere deriva dall'azione di fattori naturali, umani e dalle loro interrelazioni. Il presente Codice tutela il paesaggio relativamente a quegli aspetti e caratteri che costituiscono rappresentazione materiale e visibile dell'identità nazionale, in quanto espressione di valori culturali».

⁵⁶ G. PAGLIARI, *Piani urbanistici e piani paesaggistici: il progetto di paesaggio*, in W. Cortese (a cura di), *Conservazione*, *op. cit.*, p. 122.

⁵⁷ E. BOSCOLO, *La nozione giuridica di paesaggio identitario ed il paesaggio "a strati"*, in W. Cortese (a cura di), *Conservazione*, *ivi*, p. 75; ID. *Le nozioni di paesaggio. La tutela giuridica di un bene comune (in appartenenza diffusa) tra valori culturali e identitari*, in www.giustamm.it, 2016; P. CARPENTIERI, *Il secondo 'correttivo' del codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *Urb. app.*, 2008, p. 681.

⁵⁸ A. SIMONCINI, *Aspetti*, *op. cit.*, p. 24.

⁵⁹ Cfr. decisione n. 367 del 2007.

⁶⁰ Così P. D'ANGELO, *Ripensare*, *op. cit.*, p. 8.

⁶¹ P. D'ANGELO, *ivi*, p. 12.

⁶² Era il tempo della legge Galasso. Sul recepimento, in questa legge, della concezione del paesaggio come ambiente, a differenza dei suoi precedenti legislativi, C. AMICONI, *Brevi, op. cit.*, p. 1081.

⁶³ P. D'ANGELO, *Proposte per un'estetica del paesaggio*, 20 luglio 2004, in <http://www.saber.ula.ve>.

⁶⁴ C. AMICONI, *Brevi, op. cit.*, p. 1082.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ P. D'ANGELO, *Ripensare, op. cit.*, pp. 18-20.

⁶⁸ P. D'ANGELO, *Ripensare, op. cit.*, p. 20, si sofferma sulla valenza economica del valore estetico, invitando a pensare sia al fronte turistico, sia a quello della «desiderabilità residenziale».

⁶⁹ Per un approfondimento, si rinvia a P.B. HELZEL, *Dalla "strana passione" della paura la "salvezza" dell'ambiente per le generazioni future*, in *Il sistema ambiente, tra etica, diritto ed economia*, a cura di K. Aquilina e P. Iaquina, Padova, 2013, pp. 35-59.

⁷⁰ Per un maggiore approfondimento, M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma, 1963; V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCIA, *Beni comuni e diritti collettivi*, in *Pol. dir.*, n. 1/2014, p. 5; P. CHIRULLI, *I beni comuni, tra diritti fondamentali, usi collettivi e doveri di solidarietà*, in www.giustamm.it.

⁷¹ Così Id., p. 10.

⁷² A. IULIANI, *Prime riflessioni in tema di beni comuni*, in *Europa e dir. priv.*, n. 2/2012, p. 617; R. FATTIBENE, *L'evoluzione, op. cit.*

⁷³ V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCIA, *Beni, op. cit.*, p. 32, ipotizzano che «tutti i cittadini italiani, a prescindere dal luogo di residenza e dalla sussistenza di un interesse concreto e attuale, potrebbero ricorrere contro ogni atto amministrativo (generale e puntuale) che arrechi un pregiudizio al paesaggio», seppur con qualche correttivo, onde evitare che la legittimazione sia «irragionevolmente estesa».

⁷⁴ In dottrina, A. PREDIERI, voce *Paesaggio*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, p. 520: «...la tutela del paesaggio è, con maggiore evidenza di altre, un'azione che va condotta per l'attuazione dei valori costituzionali di sviluppo e dispiegamento della persona nell'ambiente fisico, sociale, culturale in cui essa vive ed agisce...».

Positivismo giuridico e valori

Giuliana Gerace

SOMMARIO: 0. INTRODUZIONE. — 1. IL POSITIVISMO GIURIDICO. — 2. DIRITTO “POSTO” E VALORI. — 3. VALORE: LA SFIDA FENOMENOLOGICA. — 4. CONCLUSIONI.

0. Nella concezione contemporanea prevale la tesi condivisa che il diritto positivo sia una struttura dotata di validità normativa intrinseca. Altrettanto condivisa è la concezione che il diritto sia un fenomeno sociale, nel senso che emerge con una sua “forza normativa”, in grado di far convergere le attitudini pratiche degli individui in direzione di una conformità stabile e oggettiva, ovvero, non condizionata da dinamiche di natura contingente.

La giustificazione di una tale forza normativa del diritto costituisce una delle principali sfide della scienza giuridica contemporanea.

A questo proposito, i teorici sono variamente concordi nel ritenere che un'indagine sulla natura normativa del diritto non si esaurisca in una disamina sulla validità giuridica delle norme, ma debba propriamente riguardare un'analisi del carattere specifico di cui queste ultime sono dotate: quello dell'avere “valore di norma”.

Le seguenti considerazioni hanno l'obiettivo di offrire una riflessione sui presupposti fondanti di una normatività del diritto così intesa, mettendo in relazione la tradizione del positivismo giuridico con importanti nozioni teoriche elaborate agli inizi del secolo scorso dalla scuola fenomenologica.

Dopo una breve panoramica sui cardini teorici del positivismo giuridico, tali considerazioni riguarderanno le principali problematiche del rapporto tra diritto positivo e “valori” nell'ambito della prospettiva teorica contemporanea. Infine, l'attenzione sarà concentrata su una possibile lettura in chiave fenomenologica della nozione di normatività riferita al

diritto, precisamente in virtù di una possibile (e consistente) giustificazione della forza propulsiva all'accettazione di un ordinamento giuridico e della sua capacità legislativa.

1. Il positivismo giuridico è una corrente di pensiero giuridico in base al quale la validità del diritto deriva dalla sua esistenza di fatto, ovvero dalla sua positività quale complesso di norme "poste" o riconosciute dallo Stato. In questo senso il positivismo si qualifica come segnatamente in contrasto con ogni dottrina, che, come il giusnaturalismo, riconduce le condizioni di validità del diritto al suo contenuto, eventualmente conforme ad un dovere metafisico, immutabile e universalmente valido, in quanto fondato su una qualche "legge di natura".

Il positivismo giuridico nasce tra la fine del XVIII e gli inizi del XIX secolo, contestualmente all'affermarsi del fenomeno delle codificazioni e alla crisi del giusnaturalismo moderno in Europa¹. L'iniziale spinta alla codificazione derivava esigenze razionalistiche e "illuminate", dichiaratamente giustificate alla luce del diritto naturale, quali: la necessità di riorganizzare il caos stratificato del diritto primitivo tramite un insieme snello e condiviso di leggi; la necessità per i nascenti Stati moderni di legittimare un diritto sovrano come strumento efficace per il controllo della società. In seguito, con l'esaltazione delle politiche sociali, in particolare nella Francia post-rivoluzione, l'esigenza positivistica si rafforzò a scapito di una fede totalizzante nel diritto naturale: aldilà dei diritti naturali dell'uomo, si rendeva necessario sancire e codificare i diritti e i doveri del "cittadino" nella società (diritti civili). Il primo codice in senso moderno fu il Codice civile napoleonico del 1804, sistematico e completo al punto da essere comprensivo di una c.d. norma di chiusura (art. 4), che vincolava l'interprete a trovare la soluzione delle controversie tra le maglie del Codice stesso. In quanto tale, tale codice si qualificava come strumento ottimale in mano al sovrano per il controllo della giustizia. Si teorizzò dunque (c.d. scuola dell'Esegesi) che i requisiti fondamentali di un sistema di diritto positivo, che non rischiasse di essere fonte di arbitrarietà ed equivoci, dovessero includere: la certezza (pubblicità delle sanzioni, precisione delle fattispecie) e la completezza (auto-integrazione e coerenza dell'ordinamento). Proprio in virtù di una simile chiusura e autoconsistenza degli ordinamenti giuridici si estingueva gradualmente la necessità di ricorrere a fonti "extra-sistemiche" del diritto, quali appunto il diritto naturale. Mentre il positivismo giuridico continentale nasceva

come prevalentemente funzionale ad esigenze politico-sociali e dunque aperto a legittimazioni di natura etica, l'Inghilterra inaugurava il primo approccio scientifico allo studio del diritto, con il prescrittivismismo di John Austin (1790-1859)². L'impostazione metodologica, tipica della cosiddetta *analytical jurisprudence*, era chiara: l'indagine sulla sfera giuridica doveva seguire una prospettiva neutrale, che isolasse il fatto del diritto dalle prospettive valutative della morale e questo in piena coerenza con la celebre legge di Hume sull'inderivabilità di giudizi di valore da giudizi di fatto. Nella fattispecie, il prescrittivismismo identificava il fatto del diritto con il comando di un sovrano in grado di imporre obblighi normativi tramite sanzioni, cosicché il concetto di validità giuridica andava a prescindere drasticamente dal concetto di giustizia.

Il metodo d'indagine della giurisprudenza analitica inglese avrebbe fatto da sfondo a quella che è poi diventata la teoria generale del diritto del novecento, nell'ambito della quale sono andati rafforzandosi importanti cardini teorici, come: la riduzione del diritto a legge, l'ideale di scientificità nello studio del fatto giuridico (depurato da fattori etici, politici, ideologici) e l'obiettivo rintracciare delle coordinate teoriche massimamente oggettive e universali, in grado di distinguere ciò che è diritto da ciò che non lo è in ogni mondo possibile. Il compito di costruire un sistema il più scientifico possibile, in grado di fissare con esattezza le variabili del suo oggetto di studio, è stato inizialmente recepito dal formalismo giuridico, tendenza di ispirazione neokantiana volta alla definizione del diritto secondo "forme a priori" della ragione. Questo ha portato la scienza giuridica all'elaborazione di teorie generali "pure", distaccate dai contenuti concreti della realtà storica³, in cui il "valore" del diritto è stato di volta in volta ridotto alla sua "validità" all'interno di un sistema razionalmente coerente. Esempio emblematico di simili impostazioni teoriche è il normativismo di Hans Kelsen (1881 –1973)⁴, il quale ha individuato nella nozione di ordinamento l'edificio sistemico del diritto, identificandone l'elemento ultimo costitutivo nel concetto di norma. La scomposizione della nozione di normatività giuridica in senso logico-formale costituisce un contributo importante alla definizione delle coordinate ontologiche del diritto. A questo proposito, in cerca di un equivalente di ciò che il nesso causale rappresenta per le scienze naturali, Kelsen ha individuato l'elemento caratterizzante della logica propria delle scienze giuridiche nel cosiddetto principio di imputazione, in virtù del quale una norma deve essere scomposta come segue: se illecito A, allora sanzione B. A differenza

che in natura, il collegamento tra il verificarsi di due stati di cose A e B non si determina necessariamente ma è creato dalla volontà umana⁵: non esistono norme in natura; la norma è un prodotto della volontà. Per altro verso, l'analisi kelseniana relativa allo status giuridico della norma, costituisce un importante contributo alla definizione strutturale dei sistemi giuridici. Per i propositi delle presenti riflessioni, basti considerare che Kelsen concepisce l'ordinamento giuridico come un sistema chiuso e auto-consistente sul piano della normazione, in cui un complesso di norme gerarchizzate è a sua volta fondato da una "norma fondamentale". Si tratta di un referente sistemico in virtù del quale si sviluppa una struttura di nessi d'imputazione dotata di razionalità intrinseca (ordinamento). Nello specifico, la norma fondamentale sugella un sistema di validità strutturale, unica fonte di validità giuridica per le norme, che esprime una sorta di normatività epistemica⁶ con riguardo alla sfera del diritto positivo, in certo senso, dunque, una normatività anonima. La caratteristica della norma fondamentale è che consiste in una norma giuridica "presupposta" dall'ordinamento: occupa una posizione extra-sistemica, indipendente da criteri di validità interni all'ordinamento. Kelsen ha cercato di giustificarla identificandola con un vincolo normativo espresso da un atto di volontà originario e minimamente effettivo (e.g.: "tale Costituzione/ tale ordinamento giuridico *deve essere* valido")⁷. Tuttavia, tale nozione kelseniana è stata oggetto di importanti critiche, sia sul piano teoretico che ideologico e costituirà in certo senso l'espedito critico tramite cui la vocazione sistemica dettata dall'ideale di scientificità incrocerà l'esigenza teorica di un ancoraggio alla "materialità" del diritto. Sul piano teorico, le critiche hanno riguardato una mancata giustificazione dell'efficacia della norma fondamentale ovvero della sua forza vincolante, in virtù della quale essa è osservata e applicata (effettività)⁸. Sul piano ideologico, i limiti della Dottrina Pura hanno riguardato una possibile assunzione dello stato di diritto come valore in sé e la possibile identificazione tra giustizia e legalità, con il conseguente pericolo di derive ideologiche⁹. D'altra parte, stante l'obiettivo di una "scienza pura", a Kelsen interessò rimarcare una precisa distinzione tra effettività e validità del diritto, a differenza di altri autori del suo tempo, quali il decisionista Carl Schmitt¹⁰ e, in Italia, l'istituzionalista Santi Romano¹¹, il costituzionalista Costantino Mortati¹².

A Norberto Bobbio (1909 – 2004), invece, caposcuola della filosofia del diritto analitica in Italia, si deve una lucida reimpostazione di molti problemi del kelsenismo. A metà del secolo scorso Bobbio ha riaffermato

il carattere scientifico della teoria generale quale ricerca formale, isolando il problema della validità giuridica formale da un'eventuale concezione legalistica della giustizia. Nel difendere una concezione del diritto come sistema strutturale intrinsecamente razionale e riconoscendone il precedente logico nella norma giuridica, Bobbio ha inteso analizzare quest'ultima nel suo aspetto di proposizione prescrittiva, assumendo che l'unica indagine valida sul diritto consistesse in una sua definizione in termini di rigore linguistico¹³. Sullo sfondo di una cultura giuridica moderna, che rinunciava a cogliere l'"inafferrabile essenza" della realtà giuridica¹⁴, il tentativo di Bobbio è stato quello di trovare una definizione semplicemente opportuna del diritto, distinto dalla morale o dal costume e tuttavia sottosistema della sfera sociale, da istituirsi dunque in chiave teleologica. A questo proposito, non è un caso che negli anni Bobbio abbia spostato le sue analisi dallo studio della struttura a quello della funzione del diritto¹⁵, indicando, con l'idea di una struttura giuridica a carattere strumentale e procedurale, quell'apertura ai valori della persona e della società tipici di una crisi del concetto di diritto positivo come mera geometria legale.

La crisi che nella seconda metà del secolo si era riflessa nel prevalere di tendenze antiformalistiche, quali appunto l'istituzionalismo e il costituzionalismo, si rifletteva anche nel realismo giuridico, una corrente che identificava immediatamente la validità giuridica con la sua effettività ed efficacia. È stato soprattutto il realismo normativista scandinavo a fornire un importante contributo alla definizione del principio di efficacia: la validità di una norma giuridica non deriva dalla sua rappresentazione in termini di comando, sanzione o asserzione prescrittiva, ma sulla sua capacità di attrarre l'osservanza da parte degli individui (forza normativa). Se il diritto non esiste in natura come realtà dotata di forza in sé, allora i fatti da cui partire per una definizione del diritto saranno i fenomeni psichici¹⁶ e sociali¹⁷ che di volta in volta ne determinano l'effettività. Con riferimento alla giurisprudenza, la concezione è che le norme giuridiche nascano con le sentenze: prima di esse esistono solo le regole della normatività sociale, di cui il giudice deve tener conto come un giocatore di scacchi tiene conto delle regole del gioco prima di effettuare la sua mossa. Sul piano teorico tale prospettiva comporterà soprattutto lo spostamento d'attenzione da una logica della norma intesa come schema di conoscenza, ad una logica del "normativo" concernente i nessi della razionalità umana in grado di innescare atteggiamenti di conformità¹⁸.

Preziosa, a questo proposito, la riflessione di H.L.A. Hart (1907-1992)¹⁹,

con il quale nella seconda metà del secolo scorso la filosofia analitica inglese si è aperta ad una dimensione realista. Pur mantenendo un'impostazione normativistica, che riafferma il concetto di validità giuridica come appartenenza ad un sistema di diritto positivo, Hart amplia la descrizione delle nozioni di norma e di ordinamento, fino ad abbracciare aspetti di materialità che ne rafforzano la giustificazione in termini di normatività. Nello specifico, compie una svolta paradigmatica nella concezione della normatività giuridica, che, assimilata alla normatività sociale, è non più intesa come obbligo coercitivo, bensì come principio d'azione volontario. In questo modo si giustificano le espressioni giuridiche, che, di fatto, non presentano le caratteristiche del comando o dell'abitudine al comando da parte dell'osservante (e.g. diritto internazionale)²⁰. Per altro verso, cambia la definizione di norma giuridica, che dovrà necessariamente includere degli indicatori di efficacia, tra cui il cosiddetto punto di vista interno: se una norma è assunta a criterio generale di condotta, l'adesione ad essa si manifesterà anche nella critica alle deviazioni altrui e nella richiesta di conformità generale (nel cittadino come nel giudice)²¹. Allo stesso modo, cambia la definizione di ordinamento giuridico, che acquista, nel suo complesso, un significativo legame con il principio di efficacia attraverso la cosiddetta norma di riconoscimento. Questa, a differenza della norma fondamentale kelseniana, è una norma non presupposta ma "positiva", che deve esistere inderogabilmente come fatto sociale ovvero ha senso solo se effettiva. Dunque la sua duplice funzione è sia di fondare l'ordinamento come sistema, sia di suggerirne l'ancoramento alla dimensione materiale della società cui appartiene, rendendo superfluo qualunque interrogativo sulla sua validità assoluta²². Nel complesso, benché il giuspositivista Hart rinunci alla definizione di una validità assoluta del diritto e ad interrogativi sulla sua forza morale, considera l'esistenza di alcuni presupposti di valore pragmatico, che derivano dall'importanza attribuita a certe finalità imprescindibili della condizione umana e che pongono in essere quello che lui definisce il contenuto minimo del diritto naturale²³ (su cui si fonda ad esempio l'espressione giuridica del diritto internazionale).

L'importanza di questo ramo della riflessione di Hart non va sottovalutata, perché, nel riflettere la consapevolezza teorica di un bilanciamento imprescindibile tra la sistematicità del diritto positivo e la forza normativa di determinati stati di cose materiali, ben s'inquadra nella svolta registrata dal positivismo giuridico post-hartiano dagli anni '70 in poi²⁴, anche alla luce delle tendenze teoriche che nel clima post-bellico

avevano rivestito il concetto di diritto di una veste tutt'altro che avalutativa e priva di risonanza etica.

2. I processi di costituzionalizzazione, che nel secondo dopoguerra hanno rifondato gli ordinamenti giuridici degli Stati moderni, hanno contribuito all'affermarsi della tesi secondo cui una netta separazione del diritto dalla morale sia inadeguata e, nell'ambito della scienza del diritto, al succedersi di "neo-giusnaturalismi", volti alla all'identificazione di riferimenti valoriali o di principi di giustizia a presupposto fondante dei sistemi giuridici²⁵. È stato osservato²⁶ che con il richiamo ai "valori" nelle costituzioni del dopoguerra riemergeva "l'antica questione dello scopo del diritto". Tale prospettiva teleologica ha consentito di ripensare al diritto nella sua funzione strumentale e funzionale, come sistematico portatore dei valori o principi da cui deriva e, precisamente, in un'ottica di superamento delle problematiche derivanti dalla tradizionale tesi della separazione (tra diritto e morale), in virtù della quale si delinea un rapporto più rilassato tra la sfera giuridica e quella dei valori, intesi più frequentemente, in ottica laica, come valori etico-sociali²⁷. A partire dagli ultimi decenni del secolo corso, la relazione tra diritto positivo e valori si è ulteriormente arricchita delle riflessioni introdotte dalla bioetica, disciplina che approfondisce il rapporto tra la condizione umana e gli sviluppi della scienza, in un'ottica prevalentemente laica e scevra da oggettivismi.

La risposta del positivismo giuridico post-hartiano a tutte queste tendenze si è espressa nella distinzione tra un positivismo inclusivo, in difesa della concezione che la validità giuridica di una norma possa anche essere determinata da principi etici; ed un positivismo esclusivo, che invece esclude tale possibilità. La posizione del positivismo inclusivo è stata assunta sulle orme della teoria di R. Dworkin (1931-2013)²⁸, secondo cui il diritto è costituito non solo dalle norme di un ordinamento giuridico, ma anche da quei "principi" che ne costituiscono il fondamento morale e che sono, perciò stesso, prioritari nell'interpretazione della *ratio* di ogni norma. Tale visione di una *ratio* normativa "estesa", che riprende in certo senso il concetto di costituzione materiale, costituisce un ponte tra la normatività di un ordinamento giuridico e la normatività dettata da determinati principi morali, politico-sociali ed economici ai quali quello stesso ordinamento si ancora. Si apre così la strada alla legittimazione dei cosiddetti principi giuridici nei sistemi moderni, espressioni di razionalità normativa non scritta a presupposto o a supporto sostanziale del fenomeno di normazione positiva. Questi sono generalmente definiti nell'ambito della normativa costituzionale²⁹ e in ogni caso, è importante

sottolineare, vengono definiti come principi a tutela di determinati “valori” fondamentali per il benessere degli individui o delle società.

Il positivismo giuridico esclusivo, invece, è rappresentato da teorici come J. Raz, S. Shapiro, A. Marmor, i quali esprimono diverse concezioni di quella pratica del diritto di matrice hartiana, che privilegia il punto di vista dei soggetti che tale diritto riconoscono e applicano. Le teorie di Marmor e in parte di Shapiro, hanno sviluppato direzioni convenzionalistiche, assumendo che la normatività del diritto derivi dal suo essere strumento di coordinazione e interazione strategica in ambito sociale. Tale deriva convenzionalistica del positivismo giuridico è stata sottoposta a diverse critiche nell’ambito del dibattito contemporaneo³⁰, a causa dei limiti di una sua possibile giustificazione in termini di normatività. Individuare la sola ragione (o funzione) del diritto nella risoluzione di problemi di coordinazione è riduttivo, poiché nella maggior parte dei casi non è irrilevante il modo in cui le norme giuridiche disciplinano un certo ambito della vita sociale. Mentre la necessità di un equilibrio sociale giustificerebbe la possibilità di scelte equipollenti, l’obbligo giuridico genuino è legato a valutazioni di natura sostanziale, a volte percepite come universali e “oggettive” sul piano normativo ovvero indipendenti da preferenze contingenti. È innegabile che per noi “non è indifferente se il diritto consenta alle donne di abortire oppure no; non ci accontentiamo che il diritto ci dia una direttiva chiara, ma vogliamo che ci dia anche la direttiva (che noi riteniamo essere) giusta”³¹. Allo stesso modo, la percezione dell’obbligo giuridico può essere legata ad una dimensione etico-identitaria; si pensi all’ordine giuridico europeo: benché nato con funzione prevalentemente coordinativa e benché effettivo nella maggior parte dei casi, non è evidentemente percepito da tutti come frutto di un’autorità legittima e, come noto, l’efficacia dell’intera macchina giuridica europea vacilla proprio perché è legata ad un ideale identitario piuttosto fragile. D’altra parte, vale la pena osservare come faccia eccezione il modo in cui sono percepiti gli obblighi giuridici della Corte europea con riguardo alle fattispecie legate alla protezione dei diritti umani: come mai tali obblighi giuridici sono evidentemente percepiti come cogenti? Qual è la forza normativa dei valori che ne stanno alla base?

L’autore che ha più di altri tematizzato la nozione di valore, tra i teorici del positivismo giuridico contemporaneo, è Joseph Raz. In maniera interessante, Raz ha individuato il fattore essenziale della normatività del diritto nel fatto che esso rappresenti un’autorità³², giustificando la salienza di questa autorità con la possibilità che essa incontri determinate ragioni

per agire dei soggetti a cui si rivolge, ovvero determinati loro “valori”. La definizione della nozione di valore in termini di ragioni per agire è inquadrata in una visione della razionalità pratica di tipo “classico”³³ ovvero non tendente alla massimizzazione dell'utilità e, sul piano cognitivo, si caratterizza per la possibilità di un'intellegibilità razionale (nel senso che i valori possono essere compresi razionalmente); tuttavia, poggia su una tesi di incommensurabilità³⁴. Secondo Raz, i valori sono comprensibili razionalmente ma incommensurabili perché derivano da “attaccamenti” o preferenze soggettive, che dipendono fortemente dal contesto sociale. Il compito di optare di volta in volta per la migliore soluzione pratica possibile in un orizzonte pluralistico di valori politici ed etico-sociali sarà dunque affidato alla ragione strumentale. In questa prospettiva, in cui la nozione di valore e quella di ragione paiono identificarsi, la stessa autorità del diritto si presenta come una ragione per agire o decidere in conformità ad esso, in virtù di altre ragioni fondanti.

Il problema della teoria di Raz risiede proprio nella giustificazione della nozione di valore con quella di ragione in quanto tale³⁵. Questo comporta soprattutto la visione di una normatività giuridica troppo debole, nel suo essere prodotto della ragione strumentale: il valore ridotto a ragione per agire rimane una nozione indeterminata, sulla base della quale anche la prospettiva di Raz rischia di tradursi in una sorta di convenzionalismo, in cui il carattere della ragione strumentale non si differenzia molto da quello della teoria della scelta razionale.

Nel complesso, la prospettiva di Joseph Raz, come degli altri esponenti del positivismo esclusivo, nell'escludere, sul solco della tradizione hartiana, che l'aspetto saliente della normatività giuridica vada individuato nella coercizione (il diritto non si giustifica da se stesso tramite pressione sanzionatoria), ha il merito di aver mantenuto una distinzione tra obbligo morale e obbligo giuridico senza tuttavia disancorare tale normatività giuridica dalle esigenze (valori) della società che la pone, riproponendo i presupposti di natura procedurale espressi dalla prospettiva di Bobbio con riguardo al rapporto tra struttura e funzione del diritto e in certo senso riconsiderando il rapporto tra valori e diritto non in termini esclusivi di morale e diritto.

Quello che colpisce del positivismo giuridico post-hartiano è una concezione generale della normatività giuridica come “condizionale” a presupposti di normatività di natura extra-sistemica, sia nel caso di un riferimento a sistemi giuridici aperti (positivismo inclusivo), sia nel caso

di sistemi chiusi (positivismo esclusivo). Nel complesso, tale concezione risuona come risposta alle problematiche insite nel lascito teorico di Hart: un implicito convenzionalismo, che definisce il diritto come risultato di una convergenza indipendente di credenze e attitudini, ovvero come un accordo tra persone espresso da una norma di riconoscimento (norma convenzionale), ma che tuttavia non giustifica la ragione stessa dell'impegno normativo con riguardo a tale norma.

Posto dunque che la normatività giuridica sia una normatività condizionale, l'interrogativo rimane: qual è il termine ultimo di questa condizionalità? A cosa si ancora il riconoscimento della validità giuridica espressa da un ordinamento positivo? Si è visto come il positivismo post-hartiano abbia risposto facendo riferimento ad una indiscussa, malcelata o debolmente definita nozione di valore, come termine ultimo in grado di condizionare determinate scelte razionali di opportunità normativa a sostegno della positività del diritto. Se questo è vero, il problema della determinazione di cosa sia un valore è un problema cruciale.

Il problema della definizione dei valori è stato affrontato in ottica puramente razionale a partire dagli anni '70 dalla bioetica³⁶, disciplina attenta alla definizione di contenuti etici nell'ambito di problematiche legate alla vita umana e al suo rapporto con il progresso scientifico-tecnologico. Ricollegandosi alla dimensione personalistica delle costituzioni e delle convenzioni internazionali del secondo dopoguerra, la bioetica sostiene importanti principi sostanziali legati alla dignità dell'essere umano in quanto persona (e.g. l'inviolabilità del libero arbitrio), la cui cogenza normativa è stata universalmente riconosciuta al punto da non lasciare dubbi sulla loro incorporazione nell'ordine giuridico internazionale³⁷. La problematica qualificazione delle fattispecie giuridiche con riferimento ad eventuali principi fondamentali e inviolabili sanciti dalla bioetica, è sistematicamente affrontata con i mezzi della ragione pratica. Di fronte alla difficoltà di individuare in maniera univoca le proprietà sostanziali di nozioni come "persona" o "vita", la strada normalmente percorsa è quella di una regolazione d'impronta giurisprudenziale prevalentemente affidata ai giudici, il cui compito è di cercare soluzioni caso per caso, sulla base dell'*analogia iuris* e di un'interpretazione estensiva delle norme esistenti³⁸.

Nel complesso, in epoca contemporanea, la definizione delle determinanti che stanno alla base dei cosiddetti diritti fondamentali dell'uomo e dell'uomo in quanto persona si inquadra nell'ambito di una razionalità pratica di stampo kantiano, imposta soprattutto dalla necessità

di approfondire il dialogo e il confronto in un orizzonte pluralistico di valori, che mal si concilia con qualunque pretesa di normatività in termini di oggettività metafisica. In aggiunta, stante una sorta di sconfessione di quei principi giuridici elaborati sin dall'epoca del giusnaturalismo occidentale, dovuta al collasso della loro "razionalità universale" di fronte ad una pluralità di esperienze sociali, religiose e culturali di dimensioni globali, la ricerca di un ordine sistemico all'interno di una galassia di possibili rapporti tra diritti e doveri è anch'essa affidata alla ragion pratica, al pari che nel caso della definizione dei diritti inviolabili³⁹.

All'interno di questa prospettiva dominata da una razionalità pratica intesa prevalentemente in senso strumentale, vale forse la pena di non trascurare quella che può sembrare un'evidenza scontata ovvero l'emergere di una certa razionalità cognitiva nell'indagine sulla normatività di determinati stati di cose, un tipo di razionalità che spesso non lascia dubbi sulla loro caratterizzazione in senso oggettivo, nel senso che è in grado di esprimere una necessità normativa che si presta ad essere indipendente rispetto alle preferenze personali e contingenti, come ad esempio accade nell'ambito della protezione internazionale dei diritti fondamentali.

Senza il bisogno di invocare un ritorno alla teoria del diritto naturale, si noterà come esista un'intima connessione tra stati di cose percepiti in senso lato come "dovuti", che esprime una sorta di razionalità normativa inscritta nella materialità stessa di tali stati di cose. È universalmente condivisibile, per esempio, che, se la vita dell'essere umano rappresenta un valore, sono dotati di valore anche altri stati di cose razionalmente coerenti tra loro, quali: la sua dignità in quanto persona, la sua identità socio-culturale, la sua sicurezza anche in ambito internazionale. Così, il nostro impegno normativo sul benessere del pianeta, non deriva dal fatto che questo abbia dei diritti (non esistono norme in natura), ma piuttosto deriva dal valore che noi stessi diamo al nostro benessere e di conseguenza, a priori, al benessere dei nostri figli.

Tale prospettiva rende plausibile l'indagine su una normatività di tipo assiologico, che precede ed eventualmente orienta il fenomeno della normazione giuridica. Se questo è vero, si rende soprattutto necessaria un'indagine sulle dinamiche cognitive che rendono possibile l'emergere di questo tipo di razionalità normativa intrinseca, la cui evidenza sembra a volte consistere in associazioni immediate, più che in una razionalità concettuale di tipo deduttivo. Tale indagine si rende necessaria non solo in virtù di un possibile superamento delle insufficienze giustificatorie imposte

dalla classica ragion pratica; ma anche in forza della comprensione di come una simile normatività assiologica possa esistere al di fuori del fenomeno di normazione giuridica con una propria dignità "ontologica", che esula da presupposti metafisici di sorta.

3. Si è visto come la soluzione comunemente adottata con riguardo ad una possibile giustificazione della sfera dei valori, che si assume precedere e fondare il fenomeno giuridico, passi per una riflessione sulle ragioni per agire in senso normativo piuttosto che sui fatti sociali, ovvero attraverso una prospettiva che privilegia un cosiddetto punto di vista interno in ambito pratico piuttosto che un punto di vista comportamentale e questo sulla scia dell'approccio paradigmatico adottato da Hart con riguardo alla definizione della nozione di norma giuridica.

La sfida, come accennato, è quella di indagare su un tipo di razionalità cognitiva in ambito pratico anteriore al fenomeno di normazione giuridica e invero anteriore alla stessa possibilità di normazione da parte della ragione pratica strumentale, data la possibilità che determinate evidenze assiologiche emergano indipendentemente da una riflessione su di esse.

A questo proposito, si è scelto di partire da alcune osservazioni svolte da Joseph Raz sull'assunto kelseniano di normatività, per poi invocare il potenziale esplicativo della nozione di a-priori materiale in ambito pratico, espressa dalla fenomenologia husserliana, nonché dal realismo fenomenologico del circolo di Monaco, in particolare da Max Scheler (1874-1928). Alla luce di tali considerazioni, si cercherà di far emergere la visione di un ordine razionale plausibilmente inscritto nella prospettiva cognitivo-assiologica degli individui, che è anteriore alla ragion pratica, dunque di fatto anteriore ad una prospettiva genuinamente normativa, ma che tuttavia è in grado di orientare la prospettiva pratica degli individui in maniera oggettiva ovvero indipendentemente da preferenze o motivazioni contingenti. Su queste basi si cercherà inoltre di evidenziare come una tale prospettiva cognitiva possa essere in grado di giustificare la forza normativa del diritto positivo, anch'essa, per definizione, distinta da preferenze o motivazioni individuali contingenti.

Nell'analizzare l'assunto di normatività kelseniana, Joseph Raz ha autorevolmente osservato che si tratta di un tipo di "normatività giustificata"⁴⁰ e che questa, a differenza della normatività sociale, che comporta un tipo di conformità indotta dalla pressione sociale, si giustifica alla luce di ragioni riconosciute come universalmente valide oppure alla luce di un personale "impegno normativo"⁴¹. Questo significa

che la normatività espressa dalla prospettiva kelseniana consiste in una normatività incondizionata, semplicemente codificata da un assunto di normatività a-priori. Di fatto, nella Dottrina Pura del Diritto⁴², Kelsen ha analizzato come il dovere giuridico sia una categoria a-priori, nel senso che partendo da un assunto di normatività giuridica, è possibile connettere razionalmente condizioni e conseguenze normative, secondo criteri di validità logica e dunque, per ciò stesso, è possibile comprendere a-priori la dimensione normativa di un determinato sistema giuridico o ordinamento. Come già accennato all'inizio di queste riflessioni, tale validità intrinseca a-priori di una determinata normatività giuridica deriva dall'esistenza di un impegno normativo originario, espresso appunto dalla norma fondamentale, che, come già discusso determina anche l'aspetto epistemico della validità normativa interna ad un sistema. È evidente come l'intento prioritario di Kelsen, che è il motivo stesso dell'innegabile importanza della sua teoria, non abbia riguardato la forza normativa dell'ordinamento giuridico, ma sia stato quello di fornire un'analisi sugli aspetti cognitivo-trascendentali che caratterizzano, anche implicitamente, il pensiero giuridico e in senso lato normativo. Di fatto la Dottrina Pura del Diritto, nel definire le norme giuridiche come strutture qualificative volute e rappresentate con forza normativa a-priori, altro non è che una teoria cognitiva in ambito giuridico⁴³.

È stato notato come l'a-priori kelseniano riproponga la forma eidetica degli a-priori fenomenologici⁴⁴. Tuttavia, aldilà di qualunque parallelismo concernente la forma delle essenze eidetiche, bisogna osservare come, a fronte del formalismo kelseniano, gli a-priori fenomenologici presentano un valore aggiunto, che consiste precisamente nel fatto di essere degli a-priori "materiali"⁴⁵.

Se la teoria di Kelsen ha definito le condizioni per l'emergenza di un'oggettività normativa incondizionata, in piena coerenza con la legge di Hume e con i presupposti della logica deontica⁴⁶ (partendo da premesse normative, la validità normativa all'interno di un sistema si determina a-priori); per altro verso, le riflessioni sulla nozione di a-priori materiale in ambito pratico condotte dai padri della fenomenologia, pionieri degli studi sulla mente, sembrano aprire scenari teorici molto interessanti sulla determinazione di un'oggettività normativa a livello cognitivo, che non si discosta dalle premesse kelseniane ma che tuttavia presenta il pregio di essere ancorata al reale concreto.

L'importanza della riflessione sugli a-priori materiali nello spazio

sociale condotta da Adolf Reinach (1883-1817)⁴⁷, pioniere peraltro della teoria sugli atti linguistici, è già stata rilevata dai teorici contemporanei nell'ambito del dibattito sull'ontologia sociale⁴⁸, in particolare con riguardo alla possibilità che un impegno collettivo su determinate regole o atti sociali presupponga un "ordinamento" di regolarità, che si declina anche in base alla materialità dei contesti sociali. Tuttavia, per gli scopi della presente trattazione, sono soprattutto le preziose riflessioni sugli a-priori materiali della coscienza affettivo-intenzionale, primariamente condotte da E. Husserl (1859-1938)⁴⁹, a fornire gli argomenti più interessanti, sui quali vale la pena soffermarsi brevemente.

Nello specifico, il potenziale esplicativo dell'a-priori materiale, inteso come trascendentale pratico della sfera cognitiva, anche irriflessa⁵⁰, che troviamo tradotto in Husserl sotto l'accezione di "oggetto emotivo"⁵¹ mentre in Max Scheler è espresso dalla nozione di "valore"⁵², risiede nell'assunto che una qualunque intenzione volitiva, nell'ancorarsi ad un qualunque stato di cose materiale, favorisca l'autodeterminarsi di un sistema di intenzionalità pratiche in connessione funzionale, che sono in grado di dialogare con l'ambiente circostante con necessità "a-priori" ovvero indipendente dalla volontà contingente. A livello cognitivo questo implica il delinearsi di prospettive assiologiche, anche irriflesse, che sono in grado di intercettare stati di cose in senso lato "dovuti" tra quelli iscritti nella realtà circostante e sono dunque responsabili dell'attivazione di attitudini pratico-normative, sia in senso euristico, che costitutivo. In questo senso, anche le rappresentazioni della normatività sociale, incluso il diritto positivo, possono essere percepiti da un individuo come stati di cose dovuti, se intercettati da determinati vettori assiologici ovvero se "portatori di valore"⁵³. In questa prospettiva la forza normativa di un ordinamento giuridico è direttamente proporzionale alla sua capacità di incontrare, anche nei presupposti fondanti, simili normatività assiologiche, che essendo anteriori all'esercizio della ragione pratica, esprimono una validità indipendente da scelte razionali contingenti.

Si è fatto cenno alla percezione di stati di cose "in senso lato dovuti": questo perché il tipo di razionalità assiologica originaria in grado di intercettare i cosiddetti portatori di valore, nel precedere la ragione stessa, non è ancora condizione di una vera e propria forza normativa; i valori non sono "dovuti" se non dopo essere stati assunti come scopi dalla ragion pratica⁵⁴.

Una sfida teorica interessante dunque riguarda per un verso la definizione delle dinamiche in base alle quali la normatività assiologica di questi oggetti

mentali irriflessi, che definiamo valori, emerge fino ad entrare in rapporto con le rappresentazioni cognitive della ragion pratica; per altro verso riguarda la verifica della possibilità che una certa sfera di queste normatività assiologiche possa essere dotata di validità universale. Max Scheler, il cui paradigma raramente è stato letto in chiave analitica, ha delineato una prospettiva interessante a questo proposito, che rileva non solo la possibilità di interazione tra sistemi di razionalità pratica a più livelli⁵⁵, ma anche la possibilità per la coscienza di codificare gerarchie valoriali universalmente oggettive, accanto a quelle che caratterizzano i diversi ambiti culturali. Invero, se le analisi fin qui interpretate sono corrette, vale la pena considerare il principio, insito in una prospettiva sugli a-priori materiali in ambito pratico, che le normatività assiologiche codificate a livello irriflesso, potenzialmente attivabili da fattori situazionali e potenzialmente riconoscibili dalla ragion pratica, nel riguardare qualunque tipo di materialità possono riguardare anche la condizione umana in quanto tale. È possibile dunque che la normatività di determinati principi inviolabili e, di conseguenza, la normatività di un ordine giuridico che si faccia carico della loro tutela siano fondata su precise oggettività assiologiche? La risposta a questa domanda non rientra nei propositi di queste considerazioni, volte semplicemente ad aprire una finestra su possibili prospettive giustificatorie con riferimento alla nozione di normatività in ambito giuridico, che siano alternative rispetto a quelle tendenzialmente assunte dallo scenario teorico contemporaneo.

Nel complesso, una lettura della razionalità cognitiva in ambito pratico alla luce della nozione di a-priori materiale presenta un notevole potenziale giustificatorio, con riguardo sia alla sfera assiologica, che a quella più propriamente normativa e consente di acquisire un punto di vista interessante, che arricchisce la prospettiva pratica inerente alla normatività del diritto, sul solco della tradizione di Hart. Senza necessariamente approfondire un'indagine di natura sostanziale sulla nozione di valore, queste considerazioni sembrano arricchire la stessa prospettiva di Joseph Raz, soprattutto con riguardo alla nozione di "attaccamento", in virtù di una maggiore consistenza teorica.

4. La prospettiva positivista si è imposta come alternativa al giusnaturalismo, scegliendo inizialmente, nelle sue linee generali, di derivare la validità e la normatività del diritto non già dal suo contenuto ma da un fatto sociale, precisamente, un dover essere "posto" dall'intenzione umana e supportato da sanzione o imputazione. D'altra parte, il realismo

giuridico ha contribuito a mettere in luce il difetto di questa linea teorica, supportando le critiche al concetto di diritto come coercizione (e.g. in Hart) e aprendo la via ad uno scenario teorico di estremo interesse: quello riguardante il diritto come fatto sociale, che può emergere come valore in sé condiviso da più individui (ed è questa la reale natura dell'effettività). A questo proposito, le prospettive teoriche del positivismo giuridico post-hartiano ovvero del positivismo contemporaneo lasciano trasparire come il valore del diritto sia in ogni caso da considerarsi come condizionale ad un sostrato fondante di valori etico-sociali. D'altra parte, è emerso come il rapporto tra diritto positivo e valori nell'ambito della scienza giuridica sia tutt'altro che risolto. Il problema non riguarda solo la questione se determinati principi legati ai valori materiali di una società debbano essere inclusi in un ordinamento come criteri intrinseci alla produzione di norme giuridiche, o se piuttosto debbano rimanere criteri di valutazione esterni al processo di normazione; riguarda anche una possibile definizione di quei presupposti valoriali, rispetto ai quali, nella prospettiva contemporanea, tutti gli ordinamenti giuridici, sia quelli inclusivi, che quelli esclusivi di valutazioni etiche sono in ultima istanza legati (condizionali). Come avviene per i cosiddetti principi giuridici, la definizione di tali presupposti valoriali, inclusi quelli alla base dei principi inviolabili sanciti anche dalla bioetica, è plausibilmente affidata ad una riflessione di natura razionale pratica, i cui evidenti limiti potrebbero forse essere superati da una concezione più articolata e profonda della razionalità pratica, intesa primariamente in senso cognitivo e non direttamente in senso strumentale: la fenomenologia offre, a questo proposito, una sfida teorica interessante.

NOTE

1 Cfr., M. BARBERIS *Giuristi e filosofi. Una storia della filosofia del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2011.

2 J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, (1832), John Murray, London 2012.

3 Cfr., G. FASSO', *Storia della filosofia del diritto*, vol. 3, Bologna, Il Mulino, 1970.

4 H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, trad. it. a cura di G. Losano, Giuffrè, Torino, 1966.

5 Cfr., H. KELSEN, *op. cit.*, pp. 93-95.

6 Cfr., B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica*, Il Mulino, Bologna, 1999, pp. 258-266, 273-278.

7 B. CELANO, *op. cit.*, pp. 242 - 243.

8 Cfr., O. CHESSA, *La validità delle costituzioni scritte. La teoria della norma fondamentale da Kelsen a Hart*, in G. Maniaci, S. Pajno, G. Pino, A. Schiavello (a cura), *"Interpretazione e applicazione del diritto"*, Quaderni di Diritto & Questioni pubbliche, Palermo 2011.

9 B. ROMANO, *Due studi su forma e purezza del diritto*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 94-95.

10 C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, trad. it., Giuffrè, Milano, 1984.

11 S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico. Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto*, Mariotti, Pisa, 1918. Secondo l'istituzionalismo il diritto andava individuato in formazioni extra-statali quali la famiglia, concetto che servì a scardinare il dogma della statualità del diritto.

12 C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, Giuffrè, Milano 1940. La nozione di costituzione materiale implica la tesi che la fonte delle fonti (la costituzione) non vada identificata unicamente nelle norme scritte in un documento costituzionale, ma anche nella normatività effettiva extra-sistemica.

13 Cfr. BOBBIO N., *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, 1950, ora in U. Scarpelli (ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, Comunità, 1976.

14 Cfr. CALABRO' G., *Potere costituente e teoria dei valori. La filosofia giuridica di C. Mortati*, ed. Marco, Lungro di Cosenza, 1997.

15 BOBBIO N., *Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto*. Ed. Comunità, 1977.

16 Cfr. OLIVECRONA K., *Law as Fact.*, H. Milford, Oxford University Press, 1939.

17 Cfr. ROSS A., *On Law and Justice*. Berkeley: University of California Press, 1959.

18 Cfr. von WRIGHT G.H.. *Norm. and Action: A logical enquiry*. London : Routledge, 1963.

19 HART H., *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1961.20 HART H., *The Concept of Law*, *op. cit.*, pp. 82 - 91.

21 Ibidem, p. 88.

22 Ibidem, p. 109.

23 Cfr. VIOLA F., *H.L.A. Hart e la struttura aperta del diritto*. In: Viola F., Villa V., Urso M.; *"Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica"*, CELUP, Palermo, 1974.

- 24 FARALLI C., *Le grandi correnti della filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2014.
- 25 CHIASSONI P., *Positivismo giuridico*, op. cit., pp. 39-50.
- 26 Cfr. CALABRO' G., *Potere costituente e teoria dei valori*, op. cit.
- 27 Cfr. VIOLA F., ZACCARIA G., *Le ragioni del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2003.
- 28 DWORKIN R., *Law's empire*. Harvard University Press, 1986.
- 29 Nell'ordinamento italiano vi si fa riferimento nell'art. 12 del codice civile del 1942.
- 30 SCHIAVELLO A., *Perché obbedire al diritto? La risposta convenzionalista ed i suoi limiti*, ETS, Pisa, 2010.
- 31 Ibidem, p. 203.
- 32 RAZ J., *The Authority of Law*, Oxford University Press, 1979.
- 33 Cfr. CASADEI T., *La filosofia pratica di Joseph Raz: valori e ragioni per agire*, "Diritto & questioni pubbliche" 8, 2008, pp. 251-260.
- 34 Cfr. RAZ, J., *The Practice of Value*, Oxford University Press, 2003.
- 35 Cfr. CASADEI T., *La filosofia pratica di Joseph Raz: valori e ragioni per agire*, op. cit.
- 36 Cfr. SCARPELLI U., *La bioetica: Alla ricerca dei principi*. In "Bioetica laica", Baldini e Castoldi, Milano, 1998, pp. 217-219.
- 37 Cfr. la *Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina* del Consiglio d'Europa, STE n°164, Oviedo, 04/04/1997.
- 38 BORSELLINO P., *Bioetica tra "moralì" e diritto*, Raffaello Cortina, Milano, 2009.
- 39 Per queste tematiche cfr. CALABRO' G., HELZEL P. B., *Il Sistema dei diritti e dei doveri*, Giappichelli, Torino, 2007.
- 40 RAZ J., *The Authority of Law*, op. cit.
- 41 Ibidem, p. 134.
- 42 Cfr. Kelsen H., *La dottrina pura del diritto*, op. cit.
- 43 CELANO B., *La teoria del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica*, op. cit.
- 44 DI LUCIA P., *Tre specie di dovere eidetico. Un'analisi ontologica*. In: Paolo Di Lucia (ed.), "Ontologia sociale. Potere deontico e regole costitutive". Quodlibet, Macerata, 2003, pp. 217-235. Cfr. anche: DI LUCIA P., *Ontologia del deontico: Reinach, Znamierowski, Kelsen*. In: F. De Vecchi (a cura di), "Eidetico del diritto e ontologia sociale. Il realismo di Adolf Reinach", Milano, Mimesis, 2012, pp. 171-186.
- 45 Per approfondimenti su questo tema, cfr. LANFREDINI R. (a cura di), *A priori materiale. Uno studio fenomenologico*. Milano, Guerini e Associati, 2006.
- 46 Cfr. von WRIGHT G. H., *Deontic logic*. In: Mind 60:1-15, 1951.
- 47 REINACH A. [1913]. *Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechtes*. Trad. it. a cura di D. Falcioni: *I fondamenti a priori del diritto civile*, Giuffrè, Milano 1990.
- 48 SMITH B.; ZELANIEC W., *Laws of Essence or Constitutive Rules? Reinach vs. Searle on the Ontology of Social Entities*, In: Francesca de Vecchi, a cura di, *Eidetico del diritto e ontologia sociale. Il realismo di Adolf Reinach*. Milano, Mimesis, 2012. Cfr. anche: SMITH B., (1992) *An Essay on Material Necessity*. In: P. Hanson and B. Hunter, eds. "Return of the A Priori", Canadian Journal of Philosophy, 18, 301-322.
- 49 HUSSERL E. [1908-1914] *Vorlesungen über Ethik und Wertlehre 1908-1914*. Trad. it. a cura di Paola Basso e Paolo Spinicci: "Lezioni sull'etica e la dottrina dei valori (1908-1914)". Firenze, Le Lettere, 2002. Per questi temi, cfr. anche: CENTI B., Gigliotti

G., a cura di. *Fenomenologia della ragion pratica: l'etica di Edmund Husserl*. Bibliopolis, Napoli, 2004; DEODATI M., *L'intenzionalità all'opera. Studi sul pensiero pratico di Husserl*. Milano, Mimesis Edizioni, 2003.

50 CENTI B. (2004). *Il concetto di valore nelle Lezioni di etica (1914) di Husserl: intrecci, nodi, senso della forma*. In: Centi B., Gigliotti G. (a cura di): "Fenomenologia della ragion pratica: l'etica di Edmund Husserl". Bibliopolis, Napoli, 2004, pp. 255-325.

⁵¹ DEODATI M., *L'intenzionalità all'opera. Studi sul pensiero pratico di Husserl*, op. cit.

⁵² SCHELER M. [1913/16] *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik* (1913/16; III ed. 1927). Trad. it. a cura di R. Guccinelli: *Il formalismo nell'etica e l'etica materiale dei valori*. Milano, Bompiani, 2013. Cfr. a questo proposito anche: DUPUY M. (1959). *La philosophie de Max Scheler; son évolution et son unité*. I- II. Paris: Presses Universitaires de France.

53 SCHELER M., *Etica dei valori ed Etica imperativa*, in: *Scheler M.: "Il formalismo nell'etica e l'etica materiale dei valori"*, op. cit.

54 Cfr. Ibidem.

55 DUPUY M. (1959). *La philosophie de Max Scheler; son évolution et son unité*. Op. cit.

La bellezza nel Mediterraneo, maschile e femminile nel gioco del potere

Ilaria Guidantoni

DALL'ARMONIA GRECA, ALLA SACRALITÀ DELLE TRE RELIGIONI DEL LIBRO, TRA INTERPRETAZIONI E DISTORSIONI LA DIALETTICA TRA IL FEMMINILE E IL MASCHILE SONO DA SEMPRE IMPLICATI NEL GIOCO DELLA BELLEZZA. OGGI CON LO SFUMARSI DEI GENERI, GUARDANDOSI ALLO SPECCHIO, DA RIVALI POSSONO DIVENTARE COMPLICI, OLTRE LE STRUMENTALIZZAZIONI. CAPIRE IL GIOCO CHE C'È DIETRO LE QUINTE PER DECODIFICARE AIUTA A FARE SCELTE CONSAPEVOLI SENZA FARSI SCEGLIERE. LA BELLEZZA È LA PUNTA DELL'ICEBERG DELLA CONCEZIONE DEL CORPO E DELLA SESSUALITÀ QUINDI DELLA PERSONA NEL PRIVATO E NELLA VITA PUBBLICA.

Il concetto greco di bellezza è soprattutto legato a quello di armonia e non è quindi disgiunto sostanzialmente dalla virtù, come illustra lo stesso termine *καλοκαγαθία* – letteralmente “bello e buono” legati da una crasi che rende i due concetti inscindibili – quindi dall'*habitus* del bene: è simmetria, specchio dell'organizzazione del mondo occidentale che da Platone in poi fino a Cartesio, è diventata dualistica. Il regno soprannaturale, bello, perfetto, rappresentato dalla luce si contrappone a quello terrestre, caotico, imperfetto, fatto al più di luci e ombre.

È in fondo l'idea che ispira tutte le fiabe che vedono contrapposto il bene al male: così principi e principesse sono belli e buoni; mentre demoni e streghe brutti e cattivi. Non è un caso se il protagonista de *L'Idiota* di Dostoevskij pronuncia la celebre frase “la bellezza salverà il mondo” ma egli si condannerà da solo innamorandosi della donna sbagliata la cui bellezza non è sinonimo di un cuore sincero e trasparente.

Un primo tentennamento che scompone la distinzione rigida si avverte nel Medioevo quando, per non creare rischi di trasgressione, furono fissati rigorosamente i criteri della bellezza come emanazione divina e come

tensione all'immateriale, ad una bellezza mistica. Il cosmo e in particolare la donna viene associata rispettivamente alla luna bianca e alla luna nera a seconda dei lati che della stessa si considerano o della tipologia che incarna, come se non ci fosse una possibilità di mediazione dialettica. La vita, per dirla con Zeno Cosini de *La coscienza di Zeno* di Italo Svevo, non è né bella né brutta ma originale e combina gli elementi senza un ordine rigoroso e certamente monocoloro. Il bello e il brutto spesso si intrecciano.

Nel mondo cosiddetto occidentale che nasce dal Mediterraneo il tema della bellezza è codificato – fatto per altro universale, basti pensare al mondo giapponese che tanto rigidamente ha fissato i canoni - e imbrigliato nell'etica.

Nell'antichità greco-romana e mediterranea in genere, basti pensare all'antico Egitto, la dominanza maschile nella società porta ad associare la bellezza al potere inteso come regalità e forza fisica atletica. La bellezza è per antonomasia maschile ed è in certo qual modo un diritto della classe aristocratica. Esiste però un'estetica e un piacere distinto dall'etica e dall'utile che nel mondo greco-romano è nettamente scisso dalla bellezza riconosciuta: è la bellezza che appartiene agli schiavi e agli artisti, come ci racconta la vicenda di *Lisistrata* di Aristofane, manifesto *ante litteram* del femminismo e di grande modernità. In questo caso è l'originalità, la trasgressione che fa insorgere una schiava dal nome simbolico "colei che scioglie gli eserciti" e coalizzare le donne che protestano perché cessino le ostilità tra Ateniesi e Spartani. Le donne delle parti avverse si coalizzano con lo sciopero del sesso attraverso la rinuncia alla depilazione. Il diritto a non essere donna secondo i canoni riconosciuti dal maschile diventeranno anche il simbolo e il modo di approcciare la rivolta del primo femminismo moderno, poi superato da una dialettica più matura.

Con l'avvento delle tre religioni del libro la bellezza assume una dimensione spirituale per cui Dio è bellezza ma in un senso ineffabile. La bellezza nell'accezione comune viene invece mortificata e la donna è bella solo in quanto amata o madre o vicino alla purezza (basti pensare alla bellezza delle Madonne). Il Corano attribuisce alla bellezza un riconoscimento più "libero" ma confinato alla sfera privata: l'estetica coranica infatti è un invito alla modestia e umiltà all'esterno in segno di rispetto altrui, nella casa come nel modo di vestirsi. Le case all'esterno variano solo per dimensione ma tradizionalmente sono dei "cubi" bianchi: la ricchezza dei giardini e degli arredi è tutta all'interno, anzi al centro della casa. Così anche per quanto concerne l'abbigliamento, secondo quanto si legge nella sura XXIV del Corano della *nour*, della luce, la seduttività deve rimanere sotto i vestiti che non devono

essere trasparenti, né aderenti, né far scoprire parti intime: il valore della seduzione e del piacere sono legati all'ambito della vita sentimentale e della sessualità esclusivamente matrimoniale, non certo contro, ma indipendentemente dal principio procreativo. La bellezza per il Corano è quasi "riservata" alle donne: è delle donne il privilegio di indossare l'oro ad esempio mentre per gli uomini è possibile portare solo l'argento; anche se la bellezza femminile è soprattutto dedicata all'uomo, anzi al proprio uomo. Il Corano consente però la ricostruzione degli organi sessuali se finalizzata al piacere.

Le tre religioni, Ebraismo, Cristianesimo e Islam, in generale, cercano di combattere la vanità, ridicolizzano la bellezza maschile e in qualche modo ghettizzano la bellezza sinonimo di donna, di sesso debole, di passività. La bellezza è dunque in qualche modo un "peccato necessario" legittimato dalla natura per continuare la procreazione. Dalla bellezza si è attratti ma deve amare soltanto l'anima. Sembra quasi che l'attrazione legata al corpo rappresenti quasi una concessione e sia legittimata solo in quanto epifania del divino attraverso le proprie creature. Proprio la spiritualizzazione della bellezza, a mio parere in un certo senso, delegittima la donna.

La bellezza ammessa e ammirevole, lecita, è quella della madre che ha una configurazione diversa da quella dell'amata e dell'amante. La reificazione cerca a mio parere però una riunione nella dialettica del femminile con il maschile oltre la femmina e il maschio. L'ossessione per la distinzione è in qualche modo una via per rendere la donna oggetto e dividere maschio e femmina in due categorie rigide. Questa rigida distinzione in generi che rende consentito muoversi solo nell'ambito delle rispettive attribuzioni codificate e permesse dalla società, è sfumato gradualmente, anzi oggi sembra che la civiltà ripercorra consapevolmente antichi sentieri già tracciati prima dell'Impero Romano.

La sponda nord del Mediterraneo ha reagito a questo schema emancipando la donna ma in modo subdolo e a tal proposito mi sento di dover lanciare un allarme, almeno un invito a restare in allerta. La donna sembra libera ma in realtà lo è perché assomiglia all'uomo che è il modello "perfetto". Ovvero per non essere più sottomessa e complementare al maschile deve omologarsi, assimilarsi ad esso. In tal senso si sta perdendo la ricchezza della differenza, basti pensare alla battaglia per i pantaloni (il potere e la comodità) e contro il reggiseno (la libertà contro la seduzione). La sponda sud ha preferito scegliere consapevolmente la diversità senza rincorrere i modelli maschili. Come mi disse una donna algerina di origine nomade – la cui cultura era legata al matriarcato – "noi non abbiamo bisogno delle generaliste americane, abbiamo già avuto le nostre guerriere".

Tra l'altro, come accennato, anche se sembra contraddittorio, non ha più così senso la distinzione rispetto ad un mondo che va femminilizzandosi nei canoni estetici e allargando la propria differenziazione di generi, fino ad affermare, anche grazie alle ricerche delle neuroscienze, che in fondo ognuno ha un proprio genere sessuale unico. In tal senso preferisco parlare di femminile e maschile, piuttosto che di donna e uomo, di femmina e maschio.

Oggi la bellezza è d'altra parte considerata un diritto e una pretesa soprattutto nel senso della giovinezza che tutti rincorriamo come il vero nucleo del bello e della promessa di benessere. Un dato evidenzia come cresca la chirurgia legata alla sessualità non solo per quanto riguarda le mastoplastiche additive e correttive, ad esempio, ma le "correzioni" degli organi sessuali in uomini e donne. Gli ultimi dati sono impressionanti. Il dubbio è se si tratti di una complicità perversa o di una sostituzione della dialettica io-altro con un confronto meramente narcisistico tra l'io e lo specchio.

Sul tema della "bellezza" conformata una riflessione è da fare sul tema dell'infibulazione e clitoridectomia e imenoplastica dove il dialogo distorto tra maschile e femminile esce in primo piano, fenomeni strumentalizzati in nome della religione ma di fatto utilizzati per il controllo sociale, deformando i corpi e riducendo la persona a quel corpo.

La moda è il primo rivelatore della società che cambia e in qualche modo uno sdoganatore ufficiale che sempre più racconta un uomo che si femminilizza mentre la donna diventa sempre più androgina nella vita pubblica dove deve assomigliare all'uomo per essere visibili, riconoscibile, accettabile e stimata; ridotta spesso ad una bambola nel privato per essere desiderabile. C'è a tal proposito un orizzonte ampio sul quale confrontarsi difficile da esaurire in uno spazio contenuto e probabilmente al momento ancora tutto da definire.

È questo a mio parere il tempo delle domande più che delle risposte: la confluenza e la fluidità tra il maschile e il femminile è sinonimo di maturità e quindi superamento di confini rigidi?

È dunque un modo per evidenziare la dialettica che è prima di tutto accoglienza di una parte del principio *alter* in sé in modo che non sia più *alius* consapevoli che non esiste una persona tutto maschio o tutto femmina? D'altronde se non ci fosse un elemento femminile nel maschio e viceversa l'aspetto genitoriale sarebbe in parte compromesso o disarmonico a mio avviso.

C'è da chiedersi però se il processo verso l'indistinzione o la proliferazione dei generi sia una negazione della dialettica verso una fluidità poco relazionale che renda sempre più una monade autosufficiente con il rischio di nuovi uomini palla, peccatori di *ubris*, per dirla con il *Convivio* di Platone. Non si tratta

di delegittimare una “configurazione” sessuale di genere e quindi anche una chiave della bellezza rispetto ad un’altra ma preservarla dall’autoreferenzialità.

Ogni volta comunque che un modello prevale con un consenso non spontaneo dal basso ma imposto dall’alto per cui il consenso diffuso è semmai autoindotto come una propaganda pubblicitaria, c’è il rischio del partito unico e quindi della strumentalizzazione delle persone uniformate in nome della verità, del bene, dell’efficienza e così via.

Diventa bello e quindi desiderabile quello che è vincente: ecco perché soprattutto in certi anni la bellezza in Europa era bionda, alta e snella perché rappresentava l’emancipazione, il sogno, le nuove frontiere.

Autorità amministrative indipendenti, attività di regolazione e neocorporativismo: forme e limiti della partecipazione degli interessati al procedimento¹

Nicola Posteraro

SOMMARIO: 1. PREMESSA – 2. COMPATIBILITÀ DELLE AUTORITÀ CON LA COSTITUZIONE: L'IMPORTANZA DELLA PARTECIPAZIONE – 3. INDAGINE SULLA PARTECIPAZIONE – 4. AUTORITÀ INDIPENDENTI E AUTONOMIA NEGOZIALE – 5. L'IMPORTANZA DELLA CONSULTAZIONE – 6 ASPETTI POSITIVI E NEGATIVI DELLA PARTECIPAZIONE

1. Premessa Come noto, pur essendo comune alle diverse autorità la caratteristica della neutralità, le loro funzioni e i loro poteri si differenziano, a volte, in modo profondo. Per tali motivi, non è possibile individuare un unico modello di autorità indipendente, tanto più in assenza di una disciplina unitaria delle *autohrities*².

Ad ogni modo, si può affermare che, in genere, aumentano sempre di più i settori del mercato in cui, tenuto conto degli interessi coinvolti, il legislatore attribuisce, alle rispettive autorità garanti, non solo poteri di controllo e sanzionatori nei confronti degli operatori sottoposti a vigilanza, bensì, anche poteri di regolazione (che, nella maggior parte dei casi, possono essere ritenuti strettamente normativi).

Addirittura, il nuovo codice dei contratti pubblici riconosce, oggi, anche all'ANAC, dei poteri normativi, innovando le linee guida di tale autorità³.

Tali poteri regolamentari sono dal legislatore conferiti alle autorità per far sì che esse da una parte, disciplinino preventivamente l'esercizio delle funzioni amministrative provvedimentali, con consequenziali possibili effetti nei confronti degli interessati che con esse si dovranno rapportare; dall'altra, regolino, direttamente, delle situazioni e dei rapporti giuridici riguardanti soggetti terzi⁴.

Proprio per questo, si è posto il problema di verificare se, tenuto conto del fatto che il potere regolamentare di Stato ed enti territoriali gode oggi del fondamento e del riconoscimento diretto in Costituzione, il sistema delle fonti possa tollerare, o meno, l'adozione di atti normativi da parte di soggetti che non sono muniti di legittimazione democratica e rappresentativa.

La necessità di trovare una risposta si è palesata maggiormente considerato che, in diversi casi, tali poteri si spingono fino alla prescrizione di contenuti negoziali minimi o alla definizione di clausole da inserire obbligatoriamente nei contratti, dando luogo a fenomeni di integrazione-conformazione negoziale ad opera della fonte autoritativa.

2. In verità, il problema della legittimità costituzionale di tali autorità si è posto a prescindere dall'esercizio del potere regolamentare di cui sopra: la stessa istituzione di autorità indipendenti, infatti, ha immediatamente sollevato essa stessa, in dottrina, dei dubbi circa la compatibilità di questa figura con i principi costituzionali in materia di pubblica amministrazione.

È noto che il fenomeno delle autorità indipendenti non trova alcun riferimento nella Costituzione, non essendo stato approvato il progetto di riforma costituzionale in cui era prevista una esplicita copertura costituzionale. Sicuramente, però, il silenzio della Carta preoccupa, oggi, meno che in passato: il ruolo delle Autorità si è ormai consolidato, infatti; anche l'opinione pubblica ha preso coscienza dei valori di fondo che le Autorità esprimono (primo fra tutti, la libera concorrenza quale sistema di sviluppo sia della libera iniziativa economica, sia dei diritti individuali dei consumatori): esse, tutelando la libertà di iniziativa economica privata coniugata al libero mercato, tutelano, allo stesso tempo, i diritti individuali dei consumatori, salvaguardando la trasparenza dei traffici e del buon funzionamento del mercato.

Ad ogni modo, è innegabile il fatto che le autorità indipendenti comportino una particolare devianza rispetto a certi principi generali dell'ordinamento, come quelli gerarchico, di legalità e di divisione dei poteri. In particolare, il caratterizzante tratto dell'indipendenza dall'indirizzo governativo ha indotto ad interrogarsi su una possibile contrarietà a Costituzione delle stesse per mancanza di legittimazione democratica, risultando per esse sciolto il nesso della responsabilità ministeriale di cui all'articolo 95 Cost. e non ricorrendo, allo stesso tempo, alcuna forma di rappresentatività popolare⁵.

A questo proposito, si è affermato che, per il modello di amministrazione separata dal potere politico, occorre configurare una responsabilità incardinata non sul rapporto con il Parlamento, bensì, su regole di

contraddittorio, trasparenza, motivazione ed impugnativa, che soddisfino le medesime esigenze con modalità diverse⁶.

Si è quindi evidenziato come la legittimazione democratica non possa essere fatta discendere, esclusivamente, dall'applicazione dell'istituto della rappresentanza politica, ma possa ben derivare anche da un processo di partecipazione all'attività (svolta dalle autorità indipendenti) che permetta il coinvolgimento dei soggetti interessati (anche attraverso le loro associazioni rappresentative) tramite l'instaurazione di un contraddittorio sugli aspetti maggiormente conflittuali⁷.

Tenuto conto di tale prospettiva, si è perciò sottolineato che il tratto essenziale della democrazia non è costituito dalla rappresentatività, bensì, dal contraddittorio paritario, il quale ultimo, laddove presente, fa cadere ogni eccezione di difetto di legittimazione democratica⁸. Il procedimento partecipativo si pone, cioè, come fattore di democratizzazione dell'operato delle autorità, correttivo del *deficit* di legittimazione democratica delle stesse e sostitutivo della tradizionale dialettica delle strutture rappresentative.

Anche la giurisprudenza del Consiglio di Stato, dal canto suo, ha avallato tale prospettiva, sostenendo, in alcune pronunce riguardanti specificamente l'Autorità per l'energia elettrica e il gas, il valore legittimante, sotto il profilo democratico, delle regole del contraddittorio e della partecipazione dei privati allo svolgimento dell'attività delle amministrazioni indipendenti⁹.

Secondo i giudici amministrativi, il rispetto degli obblighi di partecipazione assicura alle Autorità l'*accountability* tradizionalmente derivante al potere pubblico dai suoi collegamenti con gli uffici politici, legittimati, a loro volta, dai principi della democrazia rappresentativa.

Il fondamento delle autorità va rinvenuto, allora, nel procedimento partecipativo, inteso non come semplice forma di razionalizzazione delle decisioni, ma come strumento della partecipazione dei soggetti interessati: in assenza di responsabilità e di soggezione nei confronti del Governo, l'indipendenza e neutralità delle Autorità può trovare un fondamento dal basso, a condizione che siano assicurate le garanzie del giusto procedimento e che il controllo avvenga poi in sede giurisdizionale. Dopotutto, la partecipazione è principio informatore del diritto amministrativo contemporaneo e "*costituisce un principio generale dell'ordinamento giuridico correlato con i canoni costituzionali di imparzialità e buon andamento*"¹⁰.

Anche sul piano internazionale, il dibattito del 2014 ha ribadito l'importanza, per i regolatori, di rispettare i principi di trasparenza e partecipazione. In particolare, l'OCSE ha affrontato la questione nelle proprie

raccomandazioni sui principi per la politica regolatoria; la Commissione europea, dal canto suo, ha fatto della rappresentatività delle posizioni e della trasparenza sugli esiti due elementi cardine della bozza di linee guida sulla consultazione degli *stakeholders*. Anche il CEER (Council of European Energy Regulators), seguendo lo stesso orientamento, ha pubblicato una bozza che aggiorna le linee guida sul rafforzamento del coinvolgimento dei consumatori nel processo decisionale nel settore dell'energia, secondo un criterio che fa leva sulla *capacity building* delle associazioni rappresentative¹¹.

Tale partecipazione di cui trattasi, però, non va intesa nel senso di difesa nei riguardi dell'amministrazione (quella che nei sistemi di *common law* veniva definita, prima delle varie evoluzioni del fenomeno, *right to be heard*, quale diritto riconosciuto a colui nei riguardi del quale il pubblico potere stesse per adottare una decisione in qualche modo affittiva o diminutiva della sua sfera giuridica patrimoniale); essa, anzi, va valorizzata quale partecipazione collaborativa e capace di trasformare la struttura del procedimento dalla originaria logica *bipolar* (tipica della controversia fra amministrazione e cittadino) ad una logica *multipolar*¹² necessaria all'esercizio della discrezionalità¹³; quella partecipazione che, a seguito della *rights' revolution*, negli Stati Uniti degli anni Sessanta del secolo scorso, si è affermata contestualmente alla diffusione di un nuovo modello di procedimento amministrativo, l'*interest representation model*, che ha superato il tradizionale modello *adversary* del *trial type*, aprendosi alla dimensione degli interessi.

In altre parole, si tratta di quella partecipazione che mette l'amministrazione nelle condizioni di dover considerare tutti gli interessi rilevanti, accentuando la dimensione razionale della decisione e portando «*ad evidenza giuridica l'intero procedimento conoscitivo che sta alla base dell'atto amministrativo*»¹⁴; quella partecipazione che consideri il privato come un soggetto capace di contribuire in termini conoscitivi al processo di assunzione di decisioni pubbliche¹⁵ e che miri non solo a far sì che vengano poste in evidenza le ragioni di tutela del cittadino, ma tenda ad apportare all'amministrazione elementi di conoscenza per il più corretto esercizio dei poteri discrezionali¹⁶.

Tale riconosciuta legittimazione, quindi, rende plausibile non solo l'istituzione di autorità indipendenti dal potere politico, ma anche il conseguenziale esercizio dei loro poteri concretamente regolatori: non sarebbe pensabile, infatti, altrimenti, guardare ad una attività di *regulation* svolta senza la necessaria partecipazione al procedimento dei soggetti interessati, in nessun altro modo rappresentati.

Nel caso degli atti di regolazione adottati dalle Autorità amministrative di settore, infatti, la legge normalmente non indica nei dettagli il relativo

contenuto, né descrive in modo prescrittivo le condizioni e i limiti di esercizio della relativa attività. Questa parziale deroga al principio di legalità in senso sostanziale si giustifica, in verità, in ragione dell'esigenza di assicurare il perseguimento di fini che la stessa legge predetermina: il particolare tecnicismo del settore impone, infatti, di assegnare alle Autorità il compito di prevedere e adeguare costantemente il contenuto delle regole tecniche all'evoluzione del sistema. Una predeterminazione legislativa rigida risulterebbe di ostacolo al perseguimento di tali scopi (da qui, la conformità a Costituzione, in relazione agli atti regolatori in esame, dei poteri impliciti)¹⁷. Allora, la dequotazione del tipico principio di legalità in senso sostanziale – giustificata, come detto, dalla valorizzazione degli scopi pubblici da perseguire in particolari settori quali quelli demandati alle Autorità amministrative indipendenti – viene superata da un contestuale rafforzamento del principio di legalità in senso procedimentale, il quale si sostanzia, appunto, nella previsione di rafforzate forme di partecipazione degli operatori del settore nell'ambito del procedimento di formazione degli atti regolamentari¹⁸.

Anche tenuto conto della normativa di settore,¹⁹ quindi, non si può non affermare una evoluzione del nostro ordinamento verso una sempre più chiara affermazione di una concezione garantista e partecipata dell'esercizio delle funzioni da parte dell'autorità.

La giurisprudenza, a riprova di quanto finora affermato, ha di recente affermato il carattere del tutto preliminare e assorbente del vizio derivante dalla mancata osservanza degli obblighi partecipativi che necessariamente devono precedere l'adozione degli atti di regolazione.

E ciò in quanto il carattere del tutto fondante che il rispetto della legalità in senso procedimentale riveste nell'ambito della legittimazione dell'esercizio delle attività di regolazione delle Autorità indipendenti non ammette lo svolgimento ex post di un giudizio controfattuale (o di prognosi postuma) circa gli esiti che la pur doverosa partecipazione – in concreto omessa – avrebbe prodotto laddove fosse stata correttamente ammessa.

Un siffatto approccio può essere compatibile con il principio di strumentalità delle forme che, nell'attuale evoluzione dell'ordinamento amministrativo, accompagna il dibattito sul rilievo che le omissioni di carattere meramente procedimentale sortiscono sull'atto finale nell'ambito delle attività amministrative – per così dire – 'tipiche'. Al contrario, gli esiti del medesimo approccio non possono essere *sic et simpliciter* traslati nel diverso settore dell'esercizio dell'attività di regolazione delle Autorità indipendenti, nel cui ambito il corretto, doveroso e diligente esercizio dell'interlocazione

procedimentale *ex ante* costituisce di per sé una delle condizioni (non eliminabili e non sostituibili) di conformità a costituzione dello stesso modello regolatorio prima ancora che di conformità a legge del suo concreto esercizio.

Ne consegue che il mancato rispetto delle richiamate garanzie e regole procedurali determini ex se l'illegittimità dell'atto regolatorio finale, senza che sia possibile invocare il ricorso al richiamato giudizio di carattere controfattuale²⁰.

3. Affermato il carattere legittimante, in termini di democraticità, della partecipazione procedimentale degli interessati all'attività delle autorità, occorre verificare se concretamente tali garanzie procedurali vengano adottate e su quali basi le stesse si fondino.

L'indagine impone la soluzione di una prima questione riguardante l'applicabilità della disciplina generale del procedimento amministrativo di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241.

La maggior parte della dottrina e della giurisprudenza depone a sfavore della applicabilità di tale legge ai procedimenti delle autorità: si evidenzia, innanzitutto, come, da un punto di vista funzionale, il procedimento dinanzi alle autorità non realizzi la partecipazione del cittadino alla pubblica funzione mediante la comparazione fra il suo interesse e quello della p.a., come avviene per il procedimento amministrativo classico, bensì, determini la composizione di una pluralità di diritti e interessi contrapposti (ma equiordinati) attraverso il ristabilimento di un contraddittorio paritario²¹.

Si afferma, poi, che il modello di disciplina da applicare al procedimento dinanzi alle autorità non possa essere costituito dalle disposizioni della legge 241, in quanto esse, soprattutto con riguardo all'attività della p.A. diretta alla emanazione di atti normativi e amministrativi generali, non garantiscono alcun effettivo contraddittorio²². Le soluzioni offerte dalla legge, infatti, non attribuiscono un diritto di intervento nelle procedure volte all'adozione di atti generali e normativi, essendo i privati ammessi a partecipare solo ove, nel caso concreto, ciò appaia utile per l'interesse generale (e risultando escluso, inoltre, per la pubblica autorità, qualsiasi obbligo di motivazione di tali atti).

La partecipazione deve, quindi, ritenersi disciplinata dalle disposizioni speciali dettate per ciascuna Autorità, tanto dal legislatore nazionale, quanto dalle stesse amministrazioni indipendenti nell'esercizio dei loro poteri di autonormazione.

Addirittura, sembra che le leggi istitutive delle principali autorità delineino un modello di contraddittorio che si pone su una linea più avanzata rispetto a quello generale prefigurato dalla legge 7 agosto, prevedendo

modalità di attuazione del principio di contraddittorio non ammesse per i procedimenti amministrativi tradizionali: per esempio, l'audizione orale delle parti coinvolte o la richiesta ai soggetti interessati di formulare osservazioni sugli schemi di atti normativi e generali²³.

In verità, devono comunque ritenersi applicabili e immanenti i principi di cui alla 241: la legge 7 agosto 1990, n. 241 è legge generale sul procedimento amministrativo, non già nei termini di una codificazione dell'atto e del procedimento, ma piuttosto come individuazione di principi fondamentali cui la successiva normazione, di rango primario e secondario, deve uniformarsi. Pertanto, i principi generali, in tema di partecipazione procedimentale, i quali hanno lo scopo di assicurare, secondo le norme previste dagli speciali ordinamenti di settore, l'acquisizione corretta ed imparziale degli interessi privati coinvolti nell'esercizio del pubblico potere, si pongono come canoni interpretativi della disciplina di settore, non già nel senso di un'interpretazione meramente letterale della legge speciale, ma piuttosto come ricerca del significato che meglio soddisfi le esigenze conoscitive e partecipative tutelate in via generale dal legislatore²⁴.

Di conseguenza, non è sufficiente limitarsi ad affermare, solo formalmente, l'applicazione della partecipazione e del contraddittorio anche ai procedimenti di regolazione, ma bisogna adottare interpretazioni sostanziali volte ad assicurare, in concreto, l'effettività di tali principi²⁵.

Ciò, per esempio, si riscontra nell'analisi del problema relativo alla motivazione: la giurisprudenza ha, inizialmente, escluso che la partecipazione a questi procedimenti potesse avere un ruolo 'codecisionale', riconoscendole, al contrario, solo una funzione collaborativa, con l'evidente intento di evitare la paralisi o, comunque, il rallentamento di procedimenti che, per loro natura, richiedono tempi brevi e soluzioni rapide. Ciò ha portato in un primo momento, a ritenere non sussistente, in capo alle Autorità né un generale obbligo di motivazione dei regolamenti, né, soprattutto, un obbligo specifico di contro dedurre alle osservazioni fatte dai privati.

La lettura richiamata è stata, tuttavia, superata a favore di un'interpretazione più conforme alle finalità della partecipazione ai procedimenti di regolazione delle autorità indipendenti e, quindi, ai principi della 241. Secondo il nuovo orientamento, infatti, la partecipazione rappresenta lo strumento attraverso il quale vengono accertati i fatti, eseguite le istruttorie ed espletati gli accertamenti tecnici. Le Autorità di regolazione sono sempre tenute, pertanto, a motivare i propri atti, dando conto delle ragioni giustificative, pur non dovendo dare puntuale

replica ad ogni osservazione. Solo garantendo l'obbligo di motivazione, infatti, può essere realmente assicurata l'effettività della partecipazione e del contraddittorio. La necessaria motivazione, da un lato, permette agli interessati di poter incidere concretamente sulle decisioni dell'Autorità; dall'altro, consente un più intenso sindacato giurisdizionale, in quanto offre al giudice la possibilità di comprendere l'iter logico seguito dalle Autorità indipendenti e le ragioni giustificative dell'atto, nonché di valutare l'effettivo rilievo attribuito alle osservazioni dei privati intervenuti nel corso del procedimento²⁶.

Nella stessa direzione, volta a garantire maggiore effettività alla partecipazione degli interessati, sembra essersi mossa, invertendo la precedente tendenza, la normativa di settore: l'art. 23 della l. n. 262/2005 (Legge per la tutela del risparmio) stabilisce, ad esempio, che i provvedimenti della Banca d'Italia, della Consob, dell'Isvap e della Covip aventi natura regolamentare o di contenuto generale, debbano essere motivati "con riferimento alle scelte di regolazione e di vigilanza del settore ovvero della materia su cui vertono". Analogamente, nel settore dell'energia, l'art. 5 dell'allegato A) alla nuova delibera n. 46/09 gop, in materia di consultazione, prevede che l'atto di regolazione debba essere motivato tenendo conto anche delle eventuali osservazioni e proposte tempestivamente presentate nel corso della consultazione.

4. Proprio la partecipazione sembrerebbe in qualche maniera legittimare questo potere della autorità, di cui s'è detto sopra, di incidere sull'autonomia negoziale.

Parte della dottrina ha evidenziato come un tale sviluppo di forme sempre più intense di partecipazione delle categorie coinvolte nella definizione delle condizioni generali negoziali oggetto dei procedimenti autoritativi debba ritenersi dare luogo ad un fenomeno di negoziazione di tipo corporativo-associativo nella formazione della regola regolamentare. Questa, quindi, si porrebbe quale atto a normazione diffusa, che, in quanto espressione della partecipazione dell'associazionismo alla funzione normativa, è ritenuto dalla dottrina in esame evocare aspetti di vero e proprio *neocorporativismo*²⁷.

Si tratta di una negoziazione in cui vengono coinvolti tutti gli imprenditori di un determinato settore di mercato, nonché le associazioni maggiormente rappresentative di utenti e consumatori²⁸.

Partecipazione da cui deriverebbe la configurazione degli atti (provvedimenti) delle *autohorities* in termini di atti amministrativi negoziati

ex art. 11, comma 2, legge 241, con conseguente applicabilità a questi atti dei principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti, in quanto compatibili, e la successiva riconduzione delle condizioni negoziali in tal modo elaborate dalle autorità alla categoria delle clausole d'uso.

Non è questa la sede per indagare il problema da un punto di vista strettamente civilistico; sorge, però, un interrogativo spontaneo, alla luce di queste ultime affermazioni: si tratta di una vera e propria negoziazione? Non sarebbe forse meglio parlare di una instaurazione di contraddittorio sui profili maggiormente conflittuali, attraverso la messa a fuoco degli elementi che l'autorità dovrà prendere in considerazione ai fini della sua decisione? L'autorità è comunque sempre padrona di decidere come meglio è opportuno intervenire, essendo obbligata soltanto a motivare il perché della scelta operata, non dovendo a tutti i costi restare subordinata alla necessaria condivisione della sua scelta da parte dei soggetti regolati; il suo potere resta intatto e, una volta esercitato, conserva la sua forza autoritativa: se in sede procedimentale non si raggiunge il corretto punto di equilibrio tra le varie esigenze, spetterà all'autorità imporre le regole, anche se non condivise. Parlare di negoziazione, quindi, appare, allo stato, non proprio corretto e addirittura fuorviante.

Ciò che sembra essere pacifico, comunque, è che, così, non si attua, in verità, una compressione e mortificazione effettiva dell'autonomia privata ad opera dell'attività normativa delle amministrazioni indipendenti.

E ciò in quanto le diverse previsioni delle audizioni periodiche e consultazioni preventive attribuiscono, anzi, un significato nuovo all'autonomia privata la quale vede rinnovato il proprio ruolo di fonte di regolamentazione degli interessi, assolvendo allo stesso in fasi diverse ed in forme più aggiornate: attraverso le procedure di questo tipo, l'autonomia privata vede attribuirsi un peso nella delineazione della disciplina autoritativa, contribuendo a definire le linee di tendenza e le scelte strategiche che infine determinano condizioni e limiti di operatività dello stesso potere autonomo²⁹.

Ma allora, è vero che questa partecipazione legittima davvero l'intrusione? È vero che la partecipazione valorizza l'autonomia? Quali gli effetti di una simile asserzione, nel momento in cui si debba procedere con l'interpretazione delle norme che riguardano il contratto?

5. Come rilevato, in quanto organismi con funzioni regolatorie, le Autorità indipendenti italiane sono tenute a rispettare i principi della *better regulation* e a ricorrere a strumenti che migliorino il processo di *policy making*.

Le discipline di settore relative ai procedimenti di regolazione davanti alle

autorità indipendenti assicurano tutte, come visto, seppur in vario modo e misura, agli interessati, il diritto di essere ascoltati e contribuire alla formazione della regola che, direttamente o indirettamente, li assumerà come destinatari.

Ciò avviene attraverso l'istituto della consultazione.

La consultazione può essere definita come un insieme di tecniche di coinvolgimento usate dall'apparato amministrativo per avviare con gli utenti uno scambio di informazioni e di *feedback* su un certo tema senza che però questo determini una inclusione dei portatori di interesse nella decisione finale dall'Autorità³⁰. Nella consultazione la responsabilità della decisione finale, infatti, resta in capo all'Autorità.

Tra le forme di consultazione si contempla il *notice and comment*, il quale consiste nella pubblicazione di un documento di consultazione allo scopo di ottenere risposte in forma scritta, modello su cui sono state svolte la maggior parte delle iniziative (soprattutto nel corso del 2014)³¹.

Al di là di ciò, è indispensabile tracciare innanzitutto una linea di confine tra la consultazione chiusa e la consultazione pubblica. Mentre la prima si configura come una forma di coinvolgimento di un numero limitato di portatori di interesse (quali possono essere, nel caso delle Autorità indipendenti, le aziende, le associazioni di categoria e di rappresentanza), la seconda ha per caratteristica l'apertura assoluta a tutti coloro che sono interessati dall'atto regolatorio posto a consultazione. Potenzialmente, alla consultazione pubblica possono dunque partecipare anche portatori di interessi destrutturati (singole aziende, anche piccole; singoli consumatori; associazioni minori), che nella consultazione chiusa probabilmente non troverebbero voce.

Eppure, mentre la consultazione formale e informale degli *stakeholders* di riferimento è una prassi abbastanza consolidata³², la consultazione pubblica (e dunque aperta potenzialmente a tutti quelli su cui il provvedimento impatta, lanciata per via telematica e non) è stata introdotta e sperimentata con una buona frequenza soltanto da un numero ristretto di Autorità³³.

Sotto questo profilo, il coinvolgimento degli stakeholders tramite consultazione contribuisce sicuramente ad accrescere il set informativo a disposizione delle Autorità: i portatori di interesse possono immettere nel flusso decisionale una serie di informazioni prima non considerate che, se ben internalizzate e "composte", possono concretamente creare innovazione all'interno del processo di *policy making*³⁴⁻³⁵⁻³⁶.

L'importanza assunta dalla consultazione degli interessati nel processo di regolazione, si ricava, tuttavia, oggi, anche, da alcuni interventi del legislatore. Si fa riferimento, in particolare, all'introduzione di forme di misurazione delle

performance della regolazione, quale ad esempio l'Analisi di impatto della regolazione volta a misurare e a migliorare la qualità della regolazione sulla base di criteri dell'analisi economica, avvalendosi dell'istituto della consultazione.

La previsione, nella maggior parte dei Paesi Ocse, di processi di analisi di impatto della regolazione che richiedono, al loro interno, momenti di consultazione con gli interessati, testimonia l'autonomia oggi assunta dal metodo partecipativo applicato all'attività di regolazione e consente di individuare un vero e proprio principio di comunicazione, al di là del generico paradigma offerto dalla legge sul procedimento.

Nelle Air, infatti, la consultazione degli interessati svolge un ruolo di primaria importanza che caratterizza metodologicamente tutta la sequenza procedimentale e che risulta strumentale a più di un'esigenza. La consultazione dei soggetti interessati, oltre ad essere un elemento di legittimazione del soggetto regolatore, assume qui importanza soprattutto come elemento di supporto delle scelte regolatorie, per selezionare l'opzione preferibile, raccogliere le informazioni necessarie ad una regolazione efficace e far emergere tutti gli elementi (economici, giuridici e sociali) necessari per una corretta e completa analisi degli effetti della regolazione.

L'Air consente, dunque, nel rispetto anche, e soprattutto, del principio di proporzionalità, di garantire, attraverso lo scambio di informazioni tra i privati e il pubblico potere, la regola che comporti il minor sacrificio possibile degli interessi incisi.

6. L'accesso all'informazione, alla consultazione e ai meccanismi di partecipazione può avere un impatto decisivo sulla promozione della *better regulation*, dal momento che contribuisce ad aumentare la conoscenza che le Autorità indipendenti hanno a) del contesto su cui la policy interviene; b) dell'impatto dell'intervento regolatorio prima che questo sia approvato.

Non meno importante è la possibilità che, attraverso un processo di coinvolgimento dei destinatari degli interventi, le Autorità possano aumentare il livello di comprensione, trasparenza e condivisione delle proprie scelte. Si può quindi affermare che la consultazione preventiva consente alle Autorità regolatorie di avvalersi dell'*expertise* dei soggetti regolati, di raccogliere informazioni sull'impatto potenziale della regolazione e anche di considerare approcci alternativi a determinati aspetti.

Ne discende anche un incremento della legittimazione dell'amministrazione perché la partecipazione alla produzione delle regole da essa adottate ne accresce l'autorevolezza. Tale atteggiamento favorevole della società ci-

vile indubbiamente facilita l'implementazione dell'atto posto a consultazione, dato che è visto come democraticamente formulato anche se le Autorità amministrative indipendenti non sono elette democraticamente³⁷.

In definitiva, si può affermare che i meccanismi di consultazione che si vanno diffondendo, almeno in astratto, sono volti ad assicurare, in attuazione anche degli indirizzi comunitari e superando gli schemi offerti dalla legge sul procedimento, effettività ed ampiezza alla partecipazione degli interessati.

Ciò, tuttavia, può porre alcuni problemi³⁸.

Anzitutto, sussiste il rischio di "ossificazione" dei procedimenti di regolazione, che richiedono, al contrario, destinati ad una rapida obsolescenza, in quanto volti all'adozione di norme a contenuto tecnico, tempi rapidi e procedure snelle. Il profilo disfunzionale che può emergere è quello di un sovraccarico procedimentale³⁹, che comporta rallentamenti e l'innalzamento del costo della procedura⁴⁰.

In verità, ciascun vincolo procedurale genera costi e benefici che vanno attentamente calcolati al fine di stabilire il loro livello ottimale⁴¹. Per questo, si potrebbe forse ipotizzare di limitare l'obbligo delle misure partecipative, sulla scia di quanto già previsto dalla disciplina in materia di comunicazioni elettroniche, agli atti di regolazione con un "significativo impatto sul mercato", o di prevedere, per gli atti regolativi che coinvolgono un numero relativamente limitato di imprese, forme di negoziazione della regolazione⁴².

Anche la giurisprudenza ha rilevato la necessità di contemperare le esigenze di effettività e di ampiezza della partecipazione e del contraddittorio, con quelle di efficienza e celerità dei procedimenti di regolazione. In questo senso, ad esempio, sia il Consiglio di Stato che il Tar, pur in assenza di previsioni normative di settore, hanno ritenuto non necessaria la partecipazione ai procedimenti di regolazione nel caso in cui sussistano ragioni di urgenza, o nell'ipotesi di provvedimenti marginali, volti cioè, ad apportare solo modifiche di scarso rilievo.

In secondo luogo, si può affermare che, in concreto, a usufruire della partecipazione collaborativa sono non i soggetti portatori degli interessi cd. deboli, affidati alla cura delle autorità (risparmiatori, consumatori, utenti), ma solo i titolari degli interessi forti su cui l'azione va ad incidere: delle forti garanzie che contraddistinguono ad esempio il procedimento della autorità garante della concorrenza e del mercato usufruiscono in maniera massiccia le imprese e in misura decisamente minore le organizzazioni dei consumatori.

Il rischio è che si generino, in luogo di nuovi spazi di partecipazione democratica, delle nuove aree di esclusione e che si sostituisca la volontà

generale con quella dei pochi in gradi di interagire significativamente, nei casi specifici, con l'amministrazione pubblica. Anche le raccomandazioni a livello internazionale hanno affrontato e rilevato tale problematica, evidenziando i rischi associati all'opacità delle procedure e ai meccanismi di cattura del regolatore.

Nel piano strategico per il triennio 2012-2014, l'AAEGSI ha dato conto del fatto che i consumatori domestici e le piccole e medie imprese, per problemi non solo loro, non partecipano alle decisioni regolatorie seppure attinenti alla vendita al dettaglio o alla tutela del consumatore.

Per favorire un coinvolgimento più ampio dei consumatori, l'Autorità, perciò, nel 2014, ha definito una nuova strategia, pubblicando le linee guida per l'accrescimento dell'*accountability*. Nelle linee guida, l'autorità si è impegnata a portare a termine due diverse azioni legate alla capacitazione dei consumatori e al miglioramento delle attività di consultazione. La prima azione ha riguardato la revisione dei regolamenti di disciplina delle audizioni periodiche e speciali e della consultazione pubblica⁴³. La seconda azione è consistita nella costituzione delle forme permanenti di consultazione degli stakeholders. La creazione di queste forme permanenti è stata finalizzata innanzitutto a incrementare la partecipazione delle associazioni all'attività di regolazione dell'autorità sui mercati dell'energia, con una particolare attenzione a quelle rappresentative dei consumatori.

Inoltre, secondo quanto previsto dalle linee guida, l'AAEGSI ha costituito, nel 2015, un organo consultivo, l'Osservatorio permanente sulla regolazione, formato da un Presidente e un Forum, di cui fanno parte le associazioni rappresentative dei consumatori domestici, non domestici e industriali, le associazioni degli operatori di settore e le rappresentanze di tre soggetti istituzionali: le autorità e gli enti di ambito, la Commissione europea e i comuni italiani.

Infine, si consideri che le iniziative svolte dalle autorità, nel corso del 2014, non hanno previsto fasi di interazione tra i partecipanti; nei casi in cui le consultazioni pubbliche siano state affiancate da audizioni, queste occasioni non sono state strutturate in modo da stimolare la discussione⁴⁴.

Il procedimento, però, è e deve essere sede del "governo degli interessi": non è sufficiente prevedere garanzie di partecipazione se non si assicura l'efficienza e la rilevanza degli interessi manifestati, se cioè i titolari degli interessi non possono «offrire all'organo delle decisioni alternative in grado di realizzare comunque l'interesse pubblico sotteso al poter in attribuzione all'autorità»⁴⁵.

Si tenga presente, poi, che il decreto 90/2014, che ha esteso

direttamente alle AI le disposizioni originariamente previste dal decreto legislativo n. 33/2013, imponendo loro nuovi obblighi relativi alla pubblicazione di dati e informazioni sul personale, l'organizzazione e le attività amministrative, posto che anche la trasparenza dell'iter decisionale costituisce, tuttavia, insieme alla consultazione pubblica, un presupposto imprescindibile affinché sia garantita una partecipazione consapevole dei soggetti interessati alle attività di regolazione, non ha contemplato l'aspetto della partecipazione nei procedimenti per l'adozione dei provvedimenti normativi; e che, quindi, attualmente, tale aspetto continua a essere regolato in modo autonomo dalle singole autorità, nonché ad essere svincolato dal controllo da parte di soggetti terzi.

Motivo per cui il quadro normativo delle consultazioni pubbliche risulta essere frammentario e incompleto.

Un intervento del legislatore, sia costituzionale che ordinario, potrebbe allora contribuire a fare chiarezza. Anzitutto, sarebbe utile codificare per tutte le *Autorithies* il descritto rafforzamento delle garanzie partecipative per tutti i procedimenti, soprattutto per quelli normativi; uniformare i procedimenti, tenuto conto comunque delle eventuali differenze che, inevitabilmente, è opportuno evidenziare, tra le varie autorità; risolvere il problema del sovraccarico e guardare meglio al concreto per assicurare una effettiva partecipazione di interessi rilevanti, senza rischiare di privilegiare alcuni operatori a scapito di altri, evitando la pericolosa cattura del regolatore.

NOTE

¹ Il presente contributo costituisce uno sviluppo dell'intervento svolto in occasione dell'incontro dedicato al tema "Le Autorità Amministrative Indipendenti e il neorcorporativismo", tenutosi il 28 aprile 2016 presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre.

² Sui caratteri delle autorità amministrative indipendenti, si vedano, in generale, fra gli altri, M. D'ALBERTI, *Autorità amministrative indipendenti (dir. amm.)*, in *Enc. Giur. Trecani*, IV, 1995, 1 ss.; R. PEREZ, *Autorità indipendenti e tutela dei diritti*, in *Riv. trim. pubb.*, 1996, 133 ss.; S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996; A. PREDIERI (a cura di), *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Firenze, 1997; G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Riv. trim. pubb.*, 1998, 645 ss.; F. MERUSI, M. PASSARO, *Autorità indipendenti*, in *Enc. Giur. Aggiornamenti*, VI, 143 ss.; M. CLARICH, *Autorità indipendenti: bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005; G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, 2006; N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2009.

³ Secondo C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in *Giustamm.it*, 2016, attentando al "sistema tradizionale delle fonti secondarie". Cfr. sul punto, Parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato sul Codice degli appalti in data 1 aprile 2016, n.855 e, alla luce della introduzione del nuovo codice degli appalti e contratti pubblici, M. A SANDULLI, *Il rito speciale in materia di contratti pubblici*, in *federalismi.it*, 2016.

⁴ Cfr. V. VITI, *Il contratto e le Autorità Indipendenti*, Napoli, 2013, 10.

⁵ G. PERICU, *Brevi riflessioni sul ruolo istituzionale delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. Amm.*, 1996, 1., sostenendo che tali autorità si trovano in una situazione tendenzialmente incostituzionale, ha contestualmente affermato che, in alcuni casi, ben si potrebbe comunque trovare una legittimazione anche a Costituzione invariata, con particolare riguardo a quelle situazioni in cui il ruolo affidato a ciascuna autorità indipendente non sia stato svolto in precedenza da alcun organo di amministrazione e i poteri di cui l'autorità dispone sono effettivamente di attuazione della legge.

⁶ G. AMATO, *Le autorità indipendenti nella costituzione economica*, in AA. VV., *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le autorità amministrative indipendenti*, 12.

⁷ N. LONGOBARDI, *Poteri regolatori, giusto procedimento e legittimazione democratica*, in ID., a cura di, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico istituzionale*, Napoli, 2010, 289.

⁸ F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000, 24 e ss.

⁹ In tal senso, Cons. Stato, VI, 2 maggio 2012, n. 2521; TAR Lombardia, sez. III, 3 gennaio 2011, n. 1, in *Foro amm. TAR*, 2011, 27; Cons. St., VI, 27 dicembre 2006, n. 7972; ID., n. 2007/06 e n. 2201/06; ID., n. 7972/2006.

¹⁰ Cons. St., sez. IV, 25 settembre 1998, n. 569 e Cons. St., sez. V, 22 maggio 2001, n. 2823; in dottrina, cfr. S. MOECKLY, *Direct democracy and political participation from a cross-national perspective*, in Simon M.D. (edited by), *Developed socialism in the soviet bloc*,

Boulder, 1982, pagg. 107 ss., in particolare nel punto in cui specifica che: “*International and longitudinal comparisons show that the relationships between political regimes and political participation are anything but clear-cut. The degree of political participation is influenced not only by the desing of political institution but by distinct politico-cultural variables. (...) The model sketched above makes a theoretical argument that supports a positive relationship between direct democracy and participation (...)*”.

¹¹ A luglio 2014, l'OCSE ha pubblicato il rapporto *The Governance of Regulators* che include l'engagement, la trasparenza e l'accountability tra i sette principi a cui le agenzie di regolazione dovrebbero attenersi per la realizzazione della propria attività di governo. Secondo il documento, le attività finalizzate al coinvolgimento dei soggetti interessati nel processo regolatorio devono rispettare due criteri fondamentali: l'adeguatezza allo scopo, fit for purpose e la sottrazione al conflitto di interessi e ai meccanismi di cattura del regolatore. Si insiste sul fatto che le consultazioni pubbliche e le attività consultive debbano essere non solo regolarmente svolte, ma anche e soprattutto genuine. L'OCSE consiglia di rafforzare i meccanismi adottati per garantire la trasparenza delle procedure di consultazione, sia per gli aspetti legati alle regole di partecipazione, sia soprattutto per quelli concernenti i risultati delle iniziative svolte: chi sono stati i soggetti partecipanti, quali sono stati i contenuti delle osservazioni e quale valutazione è stata fatta su di essi dal soggetto regolatore. L'OCSE raccomanda innanzitutto che sia effettuato un controllo delle attività delle agenzie di regolazione da parte degli organi esecutivi e legislativi, sia mediante la previsione di un obbligo di rendicontazione annuale (come, in Italia, le relazioni al Parlamento), sia attraverso revisioni periodiche effettuate sulla base di appropriati set di indicatori della performance. Relativamente all'accountability e alla trasparenza verso i soggetti regolati, per l'OCSE è importante che il sistema di regolazione preveda la possibilità dell'intervento del giudice nei casi in cui si verifichino difetti procedurali nell'elaborazione degli interventi (impatti non valutati o procedure di consultazione insufficienti). Nei confronti del pubblico, la trasparenza e l'accountability si dovrebbero risolvere nella pubblicazione di materiali informativi sulle politiche più rilevanti, nella previsione di canali ad hoc per i reclami, nella possibilità di ricorsi al giudice anche per i singoli e nel controllo di soggetti indipendenti in assenza di adeguato capitale sociale.

¹² R.B. STEWART, *The reformation of american administrative law*, in *HLR*, 1965, 1772.

¹³ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi*, Milano, 1939, 78, dove si parla di discrezionalità come di “ponderazione [...] dell'interesse pubblico nei confronti di altri interessi specifici”.

¹⁴ Cfr. U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, 228; ciò succede anche per rispondere ad un'esigenza di *fairness* (cfr. D.J. CALLIGAN, *Due process and fair procedures*, Oxford, 1996).

¹⁵ Cfr. M. NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, cit., 225.

¹⁶ Cons. St., sez. VI, 8 aprile 2003, n. 1882; Cons. St., sez. IV, 13 dicembre 2001, n. 6238.

¹⁷ Di recente, E. CHELI, nel corso dell'indagine conoscitiva sulle autorità amministrative indipendenti condotta dalla Camera dei Deputati nella scorsa legislatura (cfr. Atti Parlamentari, XII Legislatura, Indagini conoscitive e documentazioni legislative, n.

31, Le Autorità amministrative indipendenti, Commissione I Affari costituzionali della Presidenza del Consiglio e interni), ha proprio sottolineato che è questo il motivo per cui i regolamenti delle autorità hanno una natura diversa dai classici regolamenti: essi nascono attraverso procedure in contraddittorio con i soggetti interessati, a differenza di quanto avviene per i regolamenti del Governo.

¹⁸ Cfr. M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio*, cit. Per un completo approfondimento, v. N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico istituzionale*, Torino, 2009, 281.

¹⁹ Diverse sono le previsioni con cui il legislatore, e le medesime autorità, hanno disposto, in misura via via crescente la necessità di audizioni periodiche e consultazioni preventive di tutti i soggetti interessati nell'ambito delle procedure di elaborazione della disciplina autoritativa. Ad esempio, l'articolo 2, comma 12, lettera h) della legge n. 481/1995, prevede che, nelle procedure di emanazione delle direttive concernenti la produzione e l'erogazione dei servizi di pubblica utilità siano sentiti i soggetti esercenti il servizio e i rappresentanti degli utenti e consumatori; le delibere n. 44/1997 e 56/1999 dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas, nelle quali è disposta la convocazione di audizioni periodiche e speciali dei soggetti portatori di interessi nell'ambito di procedimenti di formazione degli atti normativi o a contenuto generale, la pubblicazione di avvisi relativi all'avvio dei procedimenti e la diffusione di versioni preliminari dei provvedimenti da adottare al fine di provocare osservazioni o memorie scritte. L'articolo 23 della legge 262/2005, il quale statuisce che i regolamenti e gli atti generali della Banca di Italia, della Consob, dell'Isvap (ora Ivass) e della Covip siano soggetti all'obbligo di motivazione e siano preceduti dalla previa consultazione delle categoria interessate.

²⁰ Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 20 marzo 2015, n. 1532; Consiglio di Stato, sez. VI, 1 ottobre 2014, n. 4874.

²¹ G. NAPOLITANO, A. ZOPPINI, *La regolazione indipendente dei servizi pubblici e a garanzia dei privati*, in G. GITTI a cura di, *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, 136.

²² P. SIRENA, *La partecipazione dei soggetti interessati ai procedimenti innanzi alle Autorità indipendenti*, 446-447.

²³ Cfr. M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Convegno su le Autorità amministrative indipendenti*, Roma, 2003.

²⁴ Cfr. S. CASSESE, *Negoziato e trasparenza nei procedimenti davanti alle autorità indipendenti*, in *Il procedimento davanti alle autorità indipendenti, quaderni del consiglio di stato*, Torino, 1999, il quale nega che le regole della 241 possano applicarsi ai procedimenti delle autorità. Si appiccheranno i principi, semmai.

²⁵ E. CHITI, *La disciplina procedurale della regolazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 679 ss.; M. RAMAJOLI, *Procedimento regolatorio e partecipazione*, Relazione tenuta al Convegno su "La regolazione dei servizi di interesse economico generale", Firenze, 6 novembre 2009, reperibile sul sito www.giustamm.it; M. CLARICH, *I procedimenti di regolazione*, in *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti. Quaderni del Consiglio di Stato*, Torino, 1999, 91 ss.; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005, 97 ss.

²⁶ Cfr. S. DEL GATTO, *La partecipazione ai procedimenti di regolazione delle Autorità*

indipendenti, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 947 e ss.; Il carattere generale dei regolamenti delle Autorità, tuttavia, non rimane privo di conseguenze, ma viene, correttamente, utilizzato dai giudici come criterio interpretativo per stabilire quando e in che modo, concretamente, l'obbligo di motivazione possa dirsi effettivamente rispettato. Secondo il Consiglio di Stato, infatti, nel caso dei regolamenti delle Autorità, non può pretendersi che la motivazione debba dar conto in maniera puntuale di tutti gli argomenti dedotti da ogni operatore di mercato. Al contrario, è sufficiente che siano indicati i presupposti di fatto e di diritto e che sia rinvenibile una giustificazione sostanziale della decisione assunta.

²⁷ G. GITTI, *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 264 e ss.

²⁸ Sul punto, F. MACARIO, *Autorità indipendenti, regolazione del mercato e controllo di vessatorietà delle condizioni contrattuali*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 316.

²⁹ La partecipazione delle associazioni rappresentative delle categorie interessate ad un più complesso processo di definizione della stessa disciplina autoritativa viene intesa come espressione di una tendenza evolutiva in ambito di autonomia privata che porterebbe ad assegnare a quest'ultima nuove prerogative e forme di espressione, sia pure su un piano associativo (Cfr. F. MACARIO, *Autorità indipendenti, regolazione del mercato e controllo di vessatorietà delle condizioni contrattuali*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006).

³⁰ Cfr. P. BISHOP, G. DAVIS, *Mapping Public Participation in Policy Choices*, in APSA (Australasian Political Studies Association), «Conference Proceedings 2001 – Consultation Workshop», Canberra, 2001.

³¹ Cfr i dati contenuti in F. CACCIATORE, S. SALVI (a cura di), *L'analisi di impatto e gli altri strumenti per la qualità della regolazione, Annuario 2014, Osservatorio AIR*, reperibile al sito internet: www.osservatorioair.it. In dottrina, cfr. G.P. MANZELLA, *Brevi cenni sulla regulatory negotiation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1994.

³² Le Autorità consultano frequentemente i propri principali stakeholders secondo un sistema di consultazioni chiuse, talvolta formali e talvolta informali. Le tecniche utilizzate nella consultazione chiusa sono generalmente le riunioni, i panel, le interviste, i focus group. L'AGCOM cita tra le tecniche utilizzate anche i questionari e i tavoli tecnici. il notice and comment è invece la tecnica di consultazione pubblica maggiormente utilizzata: i soggetti interessati sono chiamati a dare una propria opinione (un proprio commento) alla bozza di un atto regolatorio pubblicato on-line (nella totalità dei casi) sui siti web delle stesse Autorità. Attraverso i commenti tutti i portatori di interesse possono, quindi, potenzialmente intervenire sulla misura proposta e presentare eventuali soluzioni diverse da quella prefigurata dall'Autorità. La descrizione è presa da OECD, *Citizens as Partners. Information, consultation and public participation in policy-making*. Paris, 2001, p. 22.

³³ C. RAIOLA, *La consultazione nelle Autorità indipendenti, Osservatorio sull'Analisi di Impatto della Regolazione*, www.osservatorioair.it, gennaio 2010.

³⁴ Sulla creazione di nuove conoscenze, cfr. I. NONAKA, *The Knowledge-Creating Company*, in «Harvard Business Review», November-December, 69, 1991, pp. 96-104. Cfr. OECD, *The e-Government Imperative*, Paris, 2003, 45.

³⁵ Questa finalità è sottolineata da COMMISSIONE EUROPEA, *Verso una cultura di maggiore consultazione e dialogo. Principi generali e requisiti minimi per la consultazione delle parti interessate ad opera della Commissione*, Com(2002)704 def., Bruxelles, 2002, p. 5.

³⁶ Occorre, peraltro, ricordare che le consultazioni andrebbero svolte nel rispetto di *standard* minimi come indicato da una comunicazione della Commissione Europea (European Commission, Communication, *Towards a reinforced culture of consultation and dialogue – General principles and minimum standards for consultation of interested parties by the Commission*, 11.12.2002, Com(2002) 704 final): tali *standard* riguardano la chiarezza sull'oggetto delle consultazioni, la possibilità che tutte le parti interessate possano esprimere il proprio punto di vista, la adeguata diffusione di informazioni per partecipare, la previsione di tempi congrui per rispondere e inviare contributi, la pubblicità dei risultati delle consultazioni. In questa direzione si è espresso anche il *Code of practice on consultation*, adottato nel 2008 dal Governo britannico.

³⁷ Per la finalità di legittimazione, cfr. T. C. BEIERLE, *Discussing the Rules: Electronic Rulemaking and Democratic Deliberation, Resources for the Future*, Washington, 2003, p. 5 e S. J. BALLA, B. M. DANIELS, *Information technology and public commenting on agency regulations*, in «Regulation & Governance», 2007, n. 1, p. 46.; B.S. NOVECK, *The Electronic Revolution in Rulemaking*, New York, Emory Law Journal, 2004, p. 39. L'importanza della partecipazione della regolazione è sottolineata anche, a livello comunitario, dal Protocollo n. 7 al Trattato di Amsterdam, nel quale si afferma che una regolamentazione negoziata e concordata ha maggiori probabilità di essere accettata; sul punto, G. BRUZZONE, *La consultazione nell'adozione degli atti di regolazione: esperienze delle autorità indipendenti e modelli di riferimento*, in www.assonime.it. Vedi anche. R. CHIEPPA, *Tipologie procedimentali e contraddittorio davanti alle Autorità indipendenti*, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁸ Gli sviluppi teorici in materia di partecipazione hanno prodotto – accanto a un rafforzamento del principio – anche un effetto di “diluizione del potere” (cfr. M. NIGRO, *L'azione dei pubblici poteri. Lineamenti generali*, in G. AMATO, A. BARBERA, a cura di, *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1984, 835). Particolarmente suggestiva in tal senso è la metafora dell'amministrazione condivisa, su cui, G. ARENA, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Studi parlamentari e di diritto costituzionale*, 1997, n. 117/118.

³⁹ Cfr. E. CARDI, *La manifestazione di interessi nei procedimenti amministrativi*, I e II, Rimini, 1983-1984, 3.

⁴⁰ Il problema del sovraccarico non si può però affrontare al di fuori di una corretta impostazione del rapporto tra garanzia ed efficienza o senza considerare l'esigenza di legittimare la decisione amministrativa (in generale sul punto, v. N. LUHMANN, *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, Milano, 1995).

⁴¹ Cfr. G. NAPOLITANO, M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009, 258.

⁴² In questo senso, si possono leggere alcune disposizioni della delibera gov n. 46/09, relativa al settore dell'energia. La delibera dell'Aeeg, recante nuove norme in materia di partecipazione ai procedimenti di regolazione, pur rafforzando, in generale, le garanzie

nei procedimenti di rulemaking davanti all'Autorità, sottrae esplicitamente alla consultazione gli atti aventi un contenuto vincolato e quelli attuativi di precedenti atti di regolazione ed esclude l'obbligo di consultazione laddove sia incompatibile con esigenze di straordinaria urgenza, emergenza o segretezza.

⁴³ L'aggiornamento, avvenuto alla fine del 2014, non ha tuttavia introdotto cambiamenti particolarmente innovativi nelle procedure di consultazione delle autorità. Il nuovo regolamento sulle audizioni è stato soltanto integrato con le attività internazionali dell'autorità e in considerazione del fatto che l'autorità pubblica ormai periodicamente pubblica proprie linee strategiche su cui i soggetti interessati devono essere chiamati a esprimere la propria posizione, anche con audizioni speciali sulle singole azioni.

⁴⁴ Cfr i dati contenuti in F. CACCIATORE, S. SALVI (a cura di), *L'analisi di impatto e gli altri strumenti per la qualità della regolazione, Annuario 2014*, Osservatorio AIR, reperibile al sito internet: www.osservatorioair.it.

⁴⁵ E. CARDI, *Procedimento amministrativo*, in *Enc. giur. Treccani*, 1995, 6.

La storia processuale di Eluana Englaro

Luigi Sposato

SOMMARIO: 1. PREMESSA. – 2. IL MURO DI GOMMA. – 3. IL FATTO E DIRITTO. – 3.1. IL PROPRIUM DELLA C.D. “VOLONTARIA GIURISDIZIONE”. – 3.2. LA PRIMA FASE: DALL’INAMMISSIBILITÀ AL (FINTO) RIGETTO. – 3.3. LA SECONDA FASE: DAL RIGETTO IN MERITO, AI DUBBI SUL QUOMODO. – 4. IL “SÌ” E IL “COME”. – 4.1. LA BRECCIA. – 4.2. L’OVERRULLING. – 4.3. LA SALUTE COME DIRITTO SOGGETTIVO PUBBLICO. – 5. CONCLUSIONI. – BIBLIOGRAFIA “MINIMA”.

1. L’analisi della storia processuale di Eluana Englaro ci ha aiutato a superare un pregiudizio logico, che probabilmente condiziona chiunque approcci per la prima volta questioni giuridiche caratterizzate da una forte connotazione etica.

All’inizio del nostro percorso, abbiamo avuto la netta impressione che l’ordinamento giuridico fosse chiamato a compiere una scelta; e che questa scelta implicasse una nuova opzione etica.

Secondo questa lettura, dunque, “decidere” che la sospensione dei trattamenti sanitari, in pazienti che versano nella condizione di Eluana, sia un atto lecito costituisce un vero e proprio “salto” – per alcuni auspicabile, per altri disumano – mediante il quale l’ordinamento giuridico esprime una concezione del tutto diversa sulla vita e sulla morte.

Nel corso degli incontri, e procedendo con le letture di approfondimento, invece, ci siamo chiesti se si potesse partire da un’altra ottica, poiché ci è sembrato di intuire che il vero “salto” non stia tanto in questa “decisione”, ma sia già stato realizzato con le innovazioni scientifiche, tecniche e mediche che hanno prodotto la condizione clinica che ci impone di assumerla.

Con ciò non si vuole sostenere che questa “decisione” non sia una scelta, o, ancora, che questa scelta non costituisca un’opzione etica; si vuole semplicemente suggerire, nella valutazione del percorso giurisprudenziale di seguito analizzato, e del suo stesso esito, un cambio di prospettiva.

Lo stato vegetativo permanente, difatti, è una condizione clinica che

non esiste in natura, ma che compare nei soggetti colpiti da gravi danni cerebrali, qualora siano assistiti da tecniche di terapia intensiva, per un tempo sufficiente a far sì che venga recuperata una parte delle funzioni controllate dal sistema neurovegetativo.

Si tratta di quelle stesse tecniche mediche di rianimazione – grazie alle quali è possibile sostituire meccanicamente e artificialmente l'attività cerebrale, posta a base della respirazione e della circolazione del sangue – che hanno determinato il mutamento del concetto di morte; legato, fino alla metà del novecento, alla sussistenza di attività cardiaca, e adesso ricondotto alla cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo.

È bene chiarire che non v'è alcuna coincidenza tra “morte cerebrale” e “stato vegetativo permanente”; i soggetti che versano nella prima condizione, difatti, sono deceduti in senso assoluto, poiché la “morte cerebrale” è morte della persona, da un punto di vista scientifico e legale; essi, dunque, non sono più, in senso stretto, “soggetti” dell'ordinamento.

I pazienti in SVP, al contrario, sono persone vive, che hanno perso, però, radicalmente (e irreversibilmente) quella componente della “coscienza” che è definita “consapevolezza”, e che attiene al rapporto del soggetto con il “sé” e con l'ambiente che lo circonda; conservando, però, la “vigilanza”, ossia l'aspetto comportamentale della coscienza, tale per cui il loro corpo risponde ad alcuni stimoli esterni, sebbene questa reattività abbia il carattere di un'attività riflessa e automatica.

È chiaro che se Eluana non fosse stata rianimata, al trauma sarebbe seguito l'evento morte; allo stesso modo di quanto avviene nei casi di radicalità della lesione cerebrale, cui non segue alcun recupero delle funzioni vegetative.

Bisognerebbe chiedersi, dunque, se la scelta di impedire l'inevitabile cessazione dall'attività cardiaca, ai fini dell'espianto degli organi o in vista del recupero della sola “vigilanza” (laddove la diffusività delle lesioni renda certo o probabile che oltre non si riuscirà ad andare), costituisca davvero un atto eticamente neutro; e se la difficoltà che abbiamo incontrato – come singoli e come comunità – nell'affrontare la vicenda di Eluana non sia determinata dalla inconsapevolezza di un dato.

Le moderne tecniche di rianimazione hanno reso la morte, non più un evento, collocabile in un preciso istante nel tempo, ma un vero e proprio procedimento, sul quale l'uomo può intervenire.

Sulla base di questa constatazione dovrebbe avvenire “il cambio di prospettiva”, perché quando la morte diventa un procedimento, cambia finanche il suo aspetto.

Nel romanzo “Riparare i viventi” di Maylis de Kerangal c’è la descrizione della scena in cui i genitori di Simon apprendono dal dott. Révol della morte del giovane: «Ha annunciato la morte del figlio a quell’uomo e a quella donna, non si è schiarito la gola, non ha abbassato la voce, ha pronunciato le parole, la parola “deceduto”, e poi ancora la parola “morto”, parole che cristallizzano uno stato del corpo. Ma, il corpo di Simon Limbres non era pietrificato, è questo il problema, e con l’aspetto contraddiceva l’idea che ci si faceva di un cadavere perché, in fin dei conti, era caldo, l’incarnato acceso, e si muoveva anziché essere freddo, blu e immobile».

Alla madre e al padre di Simon non pare possibile che quel corpo sia morto, perché non ha i tratti della morte, non ne ha i colori. In termini analoghi, Eluana – che è viva, e ha i colori della vita – lo è solo biologicamente perché l’evoluzione tecnica ci consente di interrompere il corso degli eventi, ripristinando le sole funzioni vegetative. E, allora, non riusciamo a credere che Eluana non sia consapevole del “qui e dell’adesso” perché vediamo i suoi occhi che si aprono; sentiamo il suo cuore che batte; vediamo il torace che si gonfia nel respiro. E sappiamo – o pensiamo di sapere – che questi sono i tratti della vita; eppure non vediamo che proprio nel pensiero sta la differenza tra la nostra vita e la vita di Eluana. Possiamo riparare i viventi, utilizzando parti del corpo di chi muore. Possiamo riparare i corpi dei viventi, rallentando la morte. Ma non possiamo riparare i viventi, restituendo loro la pienezza del pensiero.

E se non penso, (forse) non sono.

2.

3. Il 18 gennaio del 1992 Eluana Englaro rimase coinvolta in un incidente stradale a seguito del quale riportò un gravissimo trauma cranio-encefalico, con lesione di alcuni tessuti cerebrali corticali e sub-corticali; da tale trauma derivò prima una condizione di coma profondo, e di seguito, un persistente stato vegetativo, con tetraparesi spastica e perdita di ogni facoltà psichica superiore, di ogni funzione percettiva e cognitiva, e della capacità di avere contatti con l’ambiente esterno. I danni cerebrali non intaccarono le funzioni cardiovascolari e respiratorie, e la sua sopravvivenza fisica fu garantita attraverso l’alimentazione e l’idratazione artificiali, somministrate mediante un sondino nasogastrico. La protrazione nel tempo di questa condizione ha imposto – secondo la normativa all’epoca vigente – il ricorso alla procedura di interdizione; al cui esito, vista l’ormai abituale infermità di mente, e la conseguente incapacità di provvedere alla cura dei propri interessi, è stato

nominato quale tutore di Eluana Beppino Englaro, padre della giovane. Attraverso lo strumento dell'interdizione giudiziale, l'ordinamento giuridico in ragione della situazione in cui un soggetto versa, e a protezione dei suoi stessi interessi, ne dichiara l'incapacità di agire; priva, quindi, quel soggetto della generale idoneità a compiere e ricevere (validamente) atti giuridici incidenti sulla propria sfera personale e patrimoniale. La privazione della capacità di agire è compensata dall'attribuzione del potere di rappresentanza a un soggetto diverso, il tutore appunto; che potrà legalmente compiere (quasi) tutti gli atti giuridici nell'interesse dell'interdetto, facendone ricadere gli effetti nella sfera giuridica di quest'ultimo. L'interdetto, quindi, non perde la propria capacità giuridica, ossia la propria idoneità a essere titolare di posizioni giuridiche protette dall'ordinamento, ma perde il potere di esplicare direttamente la propria autonomia; in sua vece agirà il tutore, se necessario previa autorizzazione del giudice tutelare o del Tribunale competente. Il tutore, dunque, assolve a un *munus* privato, svolgendo attività funzionalizzata a garantire l'interesse dell'incapace, che si manifesta mediante l'esercizio di un generale "potere di cura", di un "potere di rappresentanza" nel compimento degli atti civili, di un "potere di amministrazione" dei beni. L'esercizio del potere di rappresentanza legale del tutore trova un limite tradizionale nel compimento dei c.d. "atti personalissimi", cioè di quegli atti che coinvolgono interessi strettamente legati alla persona dell'interessato, al quale solamente può essere rimessa la scelta in ordine alle determinazioni da adottare. In relazione a quel particolare "atto personalissimo" che è costituito dal rifiuto di un trattamento sanitario, le infermità più gravi creano un vero e proprio corto-circuito giuridico: il rifiuto non può essere espresso, di fatto, dall'infermo, e non può essere manifestato, di diritto, dal tutore; il trattamento sanitario, dunque, continua a essere somministrato senza essere sorretto dal consenso (direttamente o indirettamente espresso) del paziente. Il caso di Eluana è ancora più complesso, giuridicamente ed eticamente; la sua condizione è, difatti, irreversibile; il suo stato, come sa il tutore e ricordano gli amici, è inconciliabile con le sue convinzioni più profonde sulla vita e sulla dignità individuale, e più in generale con la sua personalità; le uniche "terapie" somministrate sono di mero "sostegno vitale", poiché consistono nella alimentazione e nell'idratazione forzata. Per Eluana, quindi, rifiutare le cure significa rifiutare la vita.

3.1 L'intervento del giudice, nel caso di Eluana, non è destinato alla risoluzione di una "crisi di cooperazione" tra i consociati; e il suo esito non

è l'attribuzione di "un bene della vita" controverso. Siamo oltre l'ambito della tutela giurisdizionale dei diritti e degli *status*, in quello spazio in cui il ricorso alla giurisdizione è previsto in assenza di un illecito, e senza che vi sia stata alcuna lesione di situazioni sostanziali protette. L'individuazione della regola del caso concreto – attività in cui consiste sempre l'esercizio della giurisdizione –, pertanto, si manifesta in termini diversi rispetto a quanto avvenga nella giurisdizione contenziosa, poiché il giudice seleziona i parametri normativi, non per decidere chi abbia torto e chi ragione, ma al fine di curare interessi, la cui gestione gli è attribuita in ragione della posizione che la magistratura occupa nel sistema. Al contrario di quanto avvenga per la tutela dei diritti e degli *status*, che per scelta costituzionale non può essere sottratta alla giurisdizione, però, la gestione degli interessi (nel caso di specie, degli interessi dei soggetti incapaci) potrebbe essere affidata, dal legislatore ordinario, anche a un'autorità amministrativa. Questi tratti della giurisdizione "volontaria" – che è definita tale proprio perché non imposta costituzionalmente al legislatore ordinario – si ripercuotono ovviamente anche nelle scansioni del rito, che risulta essere deformalizzato, sommario e privo di attitudine al giudicato. Manca, dunque, nel procedimento camerale la predeterminazione legislativa delle forme, dei termini, dei poteri e doveri processuali delle parti, che sono rimessi alla discrezionalità del giudice; ossia, di tutte quelle componenti di disciplina che costituiscono l'elemento strutturale tipico della cognizione piena (deformalizzazione).

Ciò determina, l'ampliamento dei poteri istruttori officiosi – che non trovano limiti, se non nell'allegazione di parte e nel divieto di ricorrere al sapere privato del giudice – e una maggiore libertà di svolgimento dell'istruttoria, che si sviluppa nei termini della "sommarie informazioni", con possibilità di ricorso anche alle prove c.d. "atipiche" (sommarietà). La funzione della giurisdizione volontaria – che dovrebbe limitarsi alla cura degli interessi – incide, pertanto, sulla struttura del procedimento, ma anche sulla natura degli effetti del provvedimento conclusivo.

Il provvedimento dell'autorità giudiziaria – che ha la forma del decreto –, difatti, è sempre revocabile o modificabile, oltre che soggetto a reclamo, e non assume il valore di giudicato formale e sostanziale (neppure interno).

Da un canto, quindi, non è ammesso il ricorso in cassazione avverso i provvedimenti che decidono sul reclamo; e, dall'altro, le nuove allegazioni di parte – nel giudizio di reclamo e in quello volto alla revoca o alla modifica – non trovano limiti nel principio secondo cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile.

Questa struttura procedimentale, che appare adatta all'assunzione di un provvedimento di mera cura degli interessi dell'incapace, però, risulta insoddisfacente quando l'esito del giudizio, pur in assenza di una "crisi di cooperazione" vera e propria – e, quindi, pur in assenza dell'esercizio della funzione giurisdizionale "tipica" –, incide su diritti soggettivi (o su *status*).

Nel caso di specie, il diritto soggettivo, potenzialmente inciso dal provvedimento richiesto dal tutore di Eluana, è il diritto inviolabile alla vita, considerato "fondativo" di tutti gli altri diritti costituzionali della persona.

La struttura del rito camerale, nella sua scarna disciplina legislativa, pertanto, risulta inadeguata, soprattutto nella parte in cui esclude l'intervento nomofilattico e chiarificatore della Corte di Cassazione.

Sotto questo profilo, la storia processuale di Eluana è esemplare non solo per le regole di diritto sostanziale che ha contribuito a definire, ma anche nell'ottica delle dinamiche del rito camerale.

La Corte di Cassazione, difatti, statuisce sul diritto sostanziale, all'esito di una vicenda lunga e complessa, durante la quale "modifica" in via interpretativa la struttura del rito camerale, perseguendone un adattamento costituzionalmente orientato all'esigenza di tutela del diritto inviolabile, la cui tutela è stato oggetto (immediato) del processo.

Il "diritto vivente" che ne risulta conferma in maniera assolutamente "plastica" la doverosità dell'esercizio della giurisdizione, anche in presenza di lacune normative, e la strumentalità del processo rispetto al diritto sostanziale; fino all'estremo di connotare in via pretoria il rito imposto dal legislatore, quando esso appare insufficiente a garantire la giusta individuazione della regola del caso concreto.

Ciò a dispetto di alcuni pronunciamenti dei giudici dei gradi di merito, che sembravano andare di contrario avviso.

3.2 Il tutore, una volta maturato il convincimento che per adempiere ai doveri di cura di Eluana, e per agire nel solo interesse di quest'ultima, deve chiedere la sospensione dei trattamenti sanitari in essere, si trova davanti a un ostacolo: non ha il potere giuridico di pretendere che un medico lo faccia, poiché la decisione non rientra nell'ambito degli atti di amministrazione ordinaria, che egli può compiere senza l'intervento dell'autorità giudiziaria; e non può materialmente farlo da solo, assumendosene ogni rischio giuridico, perché si tratta di un atto medico, e lui medico non è.

L'unica strada percorribile, dunque, è la richiesta di autorizzazione al Tribunale competente, previo parere del giudice tutelare, che, in mancanza

di parametri normativi *ad hoc*, si basa sull'assimilazione del rifiuto dei trattamenti sanitari agli atti di disposizione patrimoniale ex art. 375 c.c.

Inizia così la vicenda processuale di Eluana, il cui primo esito è una chiusura in rito, che ha il sapore di un inopinabile *non liquet*.

Il Tribunale di Lecco, difatti, dichiara inammissibile il ricorso del tutore, ritenendo la domanda in «*profondo contrasto [...] con i principi fondamentali dell'ordinamento vigente, rispetto ai quali ogni forma di eutanasia appare non altro che un inaccettabile tentativo di giustificazione della tendenza della comunità, incapace di sostenere adeguatamente i singoli costretti a una misura di estrema dedizione nei confronti dei malati nella speranza di guarigione, a trascurare i diritti dei suoi membri più deboli e in particolare di quelli che non siano più nelle condizioni di condurre una vita cosciente, attiva e produttiva*».

L'argomentazione del giudice – peraltro piuttosto stringata – è sorretta dal riferimento a due disposizioni: l'art. 2 della Costituzione, in cui risiederebbe il fondamento del diritto alla vita; e l'art. 579 c.p., che sanziona l'omicidio del consenziente, e da cui emergerebbe l'indisponibilità del diritto alla vita da parte dello stesso titolare.

Questa la tesi: per il nostro ordinamento la vita è il primo fra i diritti inviolabili, e l'inviolabilità assurge a bastione protettivo dell'uomo, non solo nei confronti delle aggressioni di terzi, ma perfino dalla decisioni di se stesso.

La motivazione non fa alcun riferimento alla tutela del diritto alla salute e alla libertà personale; la domanda processuale del tutore, per quanto ritenuta umanamente comprensibile, è considerata alla stregua di una istanza totalmente *extra ordinem*; poiché ad avviso del giudicante il *petitum* formulato nel ricorso, volto a ottenere l'autorizzazione a sospendere l'alimentazione e l'idratazione artificiali, implica una richiesta di «*soppressione del malato per omissione nei suoi confronti del più elementare dei doveri di cura e assistenza*».

I parametri normativi, non sono individuati per saggiare la fondatezza di una pretesa o la sua corrispondenza all'interesse dell'incapace, ma per affermare che essa è oltre i confini del possibile giuridico; l'accesso alla decisione di merito, quindi, sarebbe ostacolato dalla carenza di un presupposto processuale.

Nel successivo giudizio di impugnazione presso la Corte d'Appello di Milano, il diniego alla richiesta del tutore assume le sembianze di un rigetto in merito; nel quale, però, malgrado lo sviluppo di un'argomentazione più articolata, il giudice di seconde cure continua a non prendere una posizione netta.

La domanda, difatti, è ritenuta ammissibile sebbene «*non [possa] essere accolta considerato il dibattito ancora aperto in ambito medico e giuridico in ordine alla qualificazione del trattamento somministrato*».

In disparte ogni considerazione sul dispositivo – in ragione del quale il rigetto potrebbe sempre avvenire, non perché la domanda sia infondata, ma perché non c'è univocità di vedute sulla soluzione prospettata dall'istante – il ragionamento del Collegio si sviluppa in termini per certi versi maggiormente estensivi di quelli che caratterizzeranno l'intervento risolutivo della Corte di Cassazione.

Il giudicante, difatti, ritiene che *«non è necessario prevedere ulteriori, diversi poteri per il legale rappresentante del soggetto in SVP, in quanto ai sensi del combinato disposto degli artt. 357 e 424 c.c. “il tutore ha la cura della persona”, con la conseguenza che nell'interesse del soggetto è legittimato a esprimere o rifiutare il consenso al “trattamento terapeutico” [...]»*.

Il provvedimento, pertanto, “pilatesco” nell'esito, individua correttamente i temi giuridici fondamentali del dibattito, che sono rappresentati: a) dalla ricostruzione dell'esatta natura e del fondamento dell'atto medico, il cui limite strutturale è costituito dal consenso informato prestato dal paziente; b) dai principi costituzionali che ne sono alla base, inerenti la salvaguardia della salute e della vita (art. 32 Cost.), la dignità e l'uguaglianza delle persone (artt. 3, 27, 32 Cost.), la libertà personale (art. 13 Cost.); c) dall'individuazione del titolare del potere di esprimere questo consenso, e delle modalità attraverso le quali esso è manifestato, nel caso in cui il paziente versi in una condizione tale da escludere la capacità di prestarlo liberamente e consapevolmente.

Dopo un *excursus* sul concetto di morte nella letteratura scientifica e nella legislazione, al cui esito il decreto chiarisce la radicale distinzione tra lo stato vegetativo permanente e la “morte cerebrale”, l'argomentazione del Collegio è questa: l'intervento medico è radicato sull'alleanza terapeutica tra medico e paziente, la quale presuppone la prestazione del consenso, libero e informato, di quest'ultimo; il tutore ha la cura della persona; la cura della persona implica il potere di acconsentire o rifiutare un trattamento terapeutico; il tutore, dunque, ha il potere di rifiutare, in rappresentanza del paziente in SVP, ogni trattamento terapeutico.

La linearità del ragionamento, però, non basta; e il Collegio “falsifica” se stesso ponendo in dubbio che quello somministrato a Eluana sia un “trattamento terapeutico”.

L'alimentazione e l'idratazione forzata, dunque, potrebbero essere un trattamento terapeutico, ma non sta al Giudice stabilirlo; al Giudice non rimane che auspicare *«che, recependo la sollecitazione del Consiglio d'Europa espressa nell'art. 28 del Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina [...] “le questioni fondamentali poste dallo sviluppo della*

biologia e della medicina formino oggetto di un pubblico dibattito [...]»
Non liquet. Appunto.

3.3 La vicenda di Eluana ritorna nuovamente all'attenzione della magistratura a distanza di pochi anni, dopo la pubblicazione di una formale presa di posizione del gruppo di lavoro istituito presso la Direzione Generale degli studi, della documentazione sanitaria e della comunicazione ai cittadini, del Ministero della Sanità.

Il gruppo di lavoro, in risposta (consapevole o meno) alle perplessità manifestate dalla Corte d'Appello di Milano, difatti, afferma che «[...] *nell'idratazione e nutrizione artificiale in individui in stato vegetativo persistente viene somministrato un nutrimento come composto chimico che solo medici possono prescrivere e che solo medici sono in grado di introdurre nel corpo attraverso una sonda nasogastrica o altra modalità e che solo medici possono controllare nel suo andamento, anche ove l'esecuzione sia rimessa a personale infermieristico o ad altri [...]*».

Il trattamento somministrato a Eluana, quindi, è qualificato da una commissione di elevata qualificazione tecnica – e di derivazione politico-amministrativa – alla stregua di un trattamento terapeutico.

Ma questo ancora non basta ai giudici.

Superati i problemi di ammissibilità della domanda, e preso finalmente coraggio rispetto all'esito, il Tribunale di Lecco abbandona celati o palesi *non liquet* e rigetta nel merito la domanda del tutore (sempre tragicamente la stessa) poiché «*la nozione di "cura" del soggetto incapace implic[a] un quid positivo volto alla conservazione della vita del soggetto stesso e non certo, invece, alla sua soppressione*».

La funzione del tutore, in quest'ottica, è la conservazione del patrimonio e la preservazione dell'integrità psico-fisica del soggetto incapace; pertanto e «*nel concreto, autorizzare il tutore a far cessare ogni forma di alimentazione artificiale all'interdetta significa consentire a un soggetto diverso dalla diretta interessata di provocare la morte*».

Le radici normative sono nuovamente quelle richiamate dal primo pronunciamento; alla luce di esse il nostro ordinamento tutela la vita – senza “se” e senza “ma”, verrebbe da dire – fino alla sua conclusione, individuata *ex lege* nella «*cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo*»; e in questa piena tutela non è dato riscontrare eccezioni per i casi di esistenze costellate da sofferenze fisiche, da deformazioni somatiche, da stati di incoscienza del mondo esterno, fino a comprendere ipotesi – che

qui direttamente rileva – dello stato vegetativo persistente (di perdurante disabilità) e permanente (perché irreversibile)».

Ecco che sparisce il tema dell'autodeterminazione, quasi fosse inconferente nel caso di specie, e la "cura della persona incapace", obiettivo della tutela e funzione del tutore, diventa una mera attività di "conservazione", non della piena integrità psico-fisica del soggetto tutelato, che nei pazienti in SVP non c'è, ma della condizione in cui essi versano; quale essa sia.

La logica della motivazione sta tutta in un sillogismo apparentemente ineccepibile: l'ordinamento tutela il bene vita e punisce chiunque sopprima la vita di un altro, o aiuti un altro a morire; la decisione di rifiutare un trattamento assunta dal tutore è un atto di disposizione della vita altrui; l'ordinamento, dunque, non può consentirlo.

Eluana, allora, non ha via d'uscita: solo lei potrebbe decidere, ma lei non può decidere.

Come in una partita a scacchi – tragicamente analoga a quella giocata dal protagonista del *"Settimo sigillo"* di Bergmann –, il tutore appella il decreto e introduce espressamente il tema che apparirà, nel prosieguo della vicenda, risolutivo: la decisione non è di altri, ma è di Eluana; è di questo che si tratta, della volontà dell'incapace, che il tutore manifesta e di cui si fa mero *nuncius*.

Ma ancora non basta.

La Corte d'Appello di Milano aggiusta il tiro, ma non dà l'affondo; esclude l'utilizzabilità diretta del principio di autodeterminazione, per il caso di pazienti in SVP, e in linea con le prospettazioni della difesa del tutore, ammette che in astratto, la volontà dell'incapace possa giungere, "ora per allora", all'attenzione del giudice tutelare.

Il tema è quello delle "direttive anticipate di trattamento" e del "testamento biologico": ciascuno, pertanto, ha il diritto di manifestare anticipatamente, e per il caso di propria futura incapacità, la volontà in merito al rifiuto di trattamenti terapeutici.

Se è certo l'*an* del diritto, nella ricostruzione del giudicante, ne è incerto il *quomodo*. «*Si tratta di individuare i criteri e le modalità con cui il suddetto principio possa essere applicato con riferimento al soggetto in SVP [...]»*, ma senza l'intervento del legislatore, il giudice non può accertare la sussistenza di una "direttiva anticipata", perché non sa come fare; non ha un criterio orientativo; non ha una definizione degli strumenti probatori e processuali.

La Corte d'Appello, quindi, si dichiara «*perplexa sull'opportunità/legittimità di un'interpretazione integrativa, che sarebbe prater legem, non già contra legem*», e, dunque, ancora una volta decide di non decidere.

Esiste il diritto all'autodeterminazione, allora; se ne può fare applicazione mediata, ricostruendo la volontà dell'incapace, alla luce di eventuali sue manifestazioni anticipate; la richiesta può essere legittimamente avanzata dal tutore; eppure Eluana ancora non può sottrarsi al proprio destino, non perché non abbia manifestato anticipatamente una volontà in tal senso – non v'è alcuna istruttoria sul punto – ma perché se il giudice acquisisse la prova della “direttiva anticipata” di rifiuto delle cure, in assenza di precise indicazioni legislative, svolgerebbe attività “paranormativa”.

Se non è un altro *non liquet*, poco ci manca.

4.

4.1 Nel 2005 la vicenda di Eluana Englaro giunge, per la prima volta, all'attenzione della Corte di legittimità; la quale, respingendo il ricorso, ancora una volta per ragioni di rito, introduce quell'elemento di novità procedurale, che contribuirà a fare breccia nella posizione di chiusura espressa fino a quel momento dalla giurisprudenza di merito.

La motivazione della sentenza non brilla per chiarezza espositiva ed esprime (apparentemente) una posizione addirittura più restrittiva di quella adombrata in alcuni passaggi argomentativi dalla Corte di Appello di Milano, che – come s'è visto *retro*, analizzando il suo primo decreto – seppure nell'ambito di una pronuncia preclusiva, aveva ritenuto astrattamente esistente in capo al tutore il potere di esercitare il consenso informato ai trattamenti sanitari.

A latere, rispetto alla dichiarazione di inammissibilità per mancata notificazione del ricorso al contraddittore necessario, con conseguente difetto di incardinazione del rapporto processuale – argomentazione che costituisce il *decisum* della sentenza – la Corte di Cassazione, difatti, espone una serie di assunti, che parrebbero aderire a una ricostruzione estremamente limitativa delle funzioni del tutore.

Ad avviso della Corte, «*le numerose norme rinvenibili nell'ordinamento che conferiscono al tutore specifici poteri in materie attinenti ad interessi strettamente personali – pur se di carattere non altrettanto essenziale quale quello in esame – dell'interdetto per infermità [...] appaiono elementi sintomatici della non configurabilità, in mancanza di specifiche disposizioni, di un generale potere di rappresentanza in capo al tutore con riferimento ai cc.dd. atti personalissimi [...]*».

Il “potere di cura” del tutore, dunque non includerebbe la manifestazione del consenso informato a un trattamento sanitario, poiché il consenso,

atto personalissimo dell'interdetto, non potrebbe essere espresso in rappresentanza di quest'ultimo.

Questa linea interpretativa, da un canto, parrebbe ridurre il "potere di cura" al "potere di rappresentanza" del tutore, ponendosi in contrasto con alcune letture dottrinali, che vorrebbero il primo non meramente riducibile al secondo; e, dall'altro, finirebbe col determinare quel corto circuito logico-giuridico, evidenziato proprio nella prima sentenza della Corte di Appello di Milano, laddove è scritto che disconoscere in capo al tutore «*la qualità di soggetto preposto alla prestazione del consenso informato [significherebbe, riconoscere] implicitamente tale potere al medico curante [...]*».

La finalità del Collegio, però, non sembra essere quella escludere la fondatezza della richiesta del tutore né di ridurre i confini delle funzioni e dei poteri che il tutore può esercitare.

Il Collegio, difatti, antepone al proprio ragionamento questa premessa: «*costituisce questione di merito stabilire se l'azione esercitata [ndr: volta ad autorizzare il rifiuto di un trattamento medico "salvavita"] possa essere ricompresa nell'indicato potere del tutore [...]*»; ma il giudizio di "merito" non è affrontato dalla Corte né direttamente né indirettamente, per il tramite della formulazione di un principio di diritto, vista la pronuncia di inammissibilità con cui chiude il giudizio.

Si tratta, dunque, di una serie di affermazioni che costituiscono un mero *obiter*, se viste nell'ottica della statuizione di rito, ma che la Corte intreccia con il ragionamento relativo all'inammissibilità, conferendogli la funzione di completamento dell'argomentazione concernente la mancata instaurazione del contraddittorio.

E, quindi, per la Corte «*lo stabilire se sussista l'interesse (al provvedimento autorizzatorio) – prima che l'attuabilità dello stesso giuridicamente – presuppone il ricorso a valutazioni della vita e della morte, che trovano il loro fondamento in concezioni di natura etica o religiosa, e comunque (anche) extragiuridiche, quindi squisitamente soggettive: con la conseguenza che giammai il tutore potrebbe esprimere una valutazione che, in difetto di specifiche risultanze, nella specie neppure analiticamente prospettate, possa affermarsi coincidente con la valutazione dell'interdetta*».

Se valutato nella sua complessità, pertanto, il ragionamento della Corte assume tutt'altra dimensione: quando il tutore chiede un provvedimento autorizzatorio, il cui contenuto presuppone valutazioni soggettive di carattere etico ed extragiuridico, ritenendo che esso corrisponda all'interesse dell'interdetto, la valutazione di sussistenza dell'interesse non

può essere compiuta in un dialogo solitario tra tutore istante e giudice, ma presuppone l'instaurazione di un'alterità di punti di vista.

Preliminarmente alla valutazione di "attuabilità giuridica" del provvedimento richiesto dal tutore – e, dunque, prima di stabilire se rientri nei poteri di cura e di rappresentanza la decisione di rifiutare i trattamenti "salvavita" – è necessario accertare che la richiesta sia, a monte, coerente con l'interesse dell'interdetto.

Elemento centrale di questo ragionamento – articolato in maniera, a tratti, poco perspicua – sembra essere costituito dall'individuazione del soggetto "altro", che dovrà contribuire alla realizzazione del contraddittorio: non il Procuratore generale, che formula l'eccezione di inammissibilità del ricorso, accolta dal Collegio; bensì, un curatore speciale, che nel processo contribuirà a delineare l'interesse proprio dell'interdetto, e consentirà di escludere che il provvedimento richiesto esprima i convincimenti e la personalità del tutore, potenzialmente in conflitto con quelli del tutelato.

È chiaro che se la Corte avesse inteso escludere radicalmente la sussistenza di ogni possibilità di tutela, relativamente al provvedimento richiesto, non avrebbe indicato come necessario passaggio procedurale la nomina del curatore speciale: se il tutore non può nulla, non potrà nulla unitamente al curatore speciale, né potrà nulla quest'ultimo.

La realizzazione del contraddittorio sulla riferibilità dell'interesse, dunque, ha lo scopo di porre, al centro del giudizio Eluana; e non è cosa da poco, poiché così si accoglie la tesi ventilata dalla difesa nelle precedenti fasi del giudizio, e si pone come questione giuridica primaria, non più la sola definizione dell'ambito dei poteri di rappresentanza e di cura del tutore, ma soprattutto quella dell'efficacia delle "direttive anticipate di trattamento", e delle modalità attraverso le quali la loro sussistenza è accertata nel processo.

La pronuncia appare estremamente importante anche da un punto di vista processuale, perché contribuisce a definire in via pretoria, e in ragione di regole e principi di rango costituzionale, quella variazione del rito camerale, che rende i provvedimenti di chiusura del grado di reclamo, assunti relativamente a particolari fattispecie, ricorribili in cassazione.

La natura stessa della posizione giuridica sottesa all'istanza del tutore, su cui il provvedimento giudiziale potrebbe incidere, difatti, induce la suprema corte a incanalare l'istanza del tutore nell'ambito dei procedimenti camerali plurilaterali (di creazione e definizione sostanzialmente giurisprudenziale); nei quali non ci si limita – come nel camerale "puro" – alla mera cura di interessi, ma si decide la sorte di diritti soggettivi (direttamente o indirettamente).

La richiesta del tutore, difatti, può determinare la soppressione di un

diritto fondamentale dell'incapace, il quale non avrebbe alcuna possibilità di ulteriore tutela giuridica; da un canto, dunque, deve essere aperto il contraddittorio – al contrario di quanto avviene nel camerale “puro” – e, dall'altro, deve essere garantito il controllo di legittimità sui provvedimenti che appaiono decisori e definitivi, con la conseguenza di condurre alla formazione del giudicato formale e all'effetto del giudicato sostanziale.

Questo rito ibrido e misto, che non esiste nella “natura” del codice, è il frutto di un'opera di adattamento del procedimento camerale alle esigenze di rispetto dei diritti inviolabili e del giusto processo.

La soluzione offerta dalla Suprema Corte, che determina una maggiore formalizzazione del rito, però, ha un significato che va oltre il mero fatto processuale; consente, infatti, di “spersonalizzare” la decisione, che dovrà essere assunta dal giudice di merito, alleggerendo il peso di una valutazione eticamente forte, proprio in ragione della ricorribilità in cassazione e del vincolo posto dal principio di diritto.

Non solo, ma l'interruzione del trattamento dovrà essere effettuata da un medico e presso una struttura sanitaria; da un canto, il “fare” richiesto al medico (e alla struttura sanitaria) è un fare infungibile, ossia non eseguibile nelle forme dell'esecuzione forzata; dall'altro, e, ancor prima, il decreto di autorizzazione stesso non può neppure recare una statuizione condannatoria poiché non v'è ancora un difetto di cooperazione attuale della struttura sanitaria, data la mancanza di autorizzazione giudiziale.

È chiaro che un giudizio nel quale vi è l'intervento – effettivo o potenziale – della Corte di Cassazione, e che appare decisorio rispetto all'accertamento sul diritto al rifiuto delle cure, risulta rafforzato; ciò sia nell'ottica dell'adesione spontanea del terzo, e sia in vista dell'eventuale futuro giudizio contenzioso, volto a valutare l'illiceità del diniego eventualmente opposto dai sanitari. Diniego che, a questo punto, sarebbe condizionato dal vincolo sorto, nel procedimento camerale, anche relativamente ai fatti presupposti dalla statuizione di accertamento.

Nella piena logica della strumentalità della giurisdizione rispetto al diritto sostanziale, quindi, la Corte di cassazione delinea un “diritto vivente” processuale, all'interno del quale si potrà contribuire alla formazione di un “diritto vivente” sostanziale.

4.2 La breccia, aperta dal giudice di legittimità, però, è ignorata dai giudici di primo grado, che esaltano le componenti più restrittive della motivazione, ponendole come fulcro delle proprie statuizioni di rigetto.

E così, il Tribunale di Lecco dichiara l'inammissibilità del ricorso in ragione del fatto che il tutore dell'interdetto, ed il curatore speciale nominato ex art. 78 c.p.c., non hanno alcun potere di rappresentanza sostanziale e processuale, in relazione al compimento degli "atti personalissimi", tra i quali rientra il rifiuto delle cure (in specie di quelle "salvavita").

Ancora una volta il rigetto è in rito, ma le considerazioni di merito non mancano; ad avviso dei giudici, la condizione di incapacità di intendere e di volere escluderebbe il conflitto tra diritto di libertà e all'autodeterminazione e diritto alla vita, in quanto non potendo la persona esprimere alcuna volontà non vi sarebbe alcun profilo di libertà o autodeterminazione da tutelare.

La conseguenza di questo ragionamento è la caduta in quel corto circuito messo in luce nel 1999: se non c'è spazio per l'autodeterminazione, allora l'incapace è eterodiretto; e se è eterodiretto, in rapporto alle decisioni sui trattamenti sanitari, o lo è dal tutore oppure lo sarà dal medico.

La tesi difensiva, espressa nel successivo giudizio di appello, afferra il bandolo, e sviluppa gli spunti di riflessione offerti dal giudice di legittimità: è l'interesse di Eluana al provvedimento autorizzatorio che deve essere accertato.

Nel giudizio di appello, quindi, nel pieno contraddittorio tra tutore e curatore speciale, è introdotto il tema dei convincimenti più profondi di Eluana sulla vita e sulla morte; delle confidenze fatte ad alcune amiche, di fronte alla malattia di altre; della volontà di vivere solo nella pienezza delle proprie facoltà, maturando l'opinione che si può non volere una propria vita futura "meramente biologica", senza per ciò stesso considerarla indegna di essere vissuta da altri, che sappiano accettarne l'idea.

Malgrado ciò, c'è un nuovo rigetto, che almeno spazza il campo da tesi troppo estreme.

La persona in SVP è viva, e se è viva ha la pienezza dei propri diritti costituzionali: laddove non può determinarsi a causa delle proprie condizioni, deve poter essere "curata" con la mediazione del tutore, che può legittimamente esercitare il potere/dovere di esprimere il consenso informato alle terapie mediche.

Manca un ultimo tassello: questo potere/dovere non può varcare (ad avviso dei giudici di Milano, e in termini che risultano logicamente contraddittori) i confini della morte. Il tutore e il curatore speciale non possono decidere di sospendere un trattamento da cui dipende la permanenza in vita – né possono chiedere a un giudice di esserne autorizzati –, perché altrimenti se ne avrebbe un'eutanasia indiretta omissiva.

E la volontà di Eluana? Potrebbe contare, parrebbero dire implicitamente

i giudici, ma nel caso di specie non c'è prova che quelle confidenze; quelle manifestazioni di dolore di fronte alla condizione di incapacità di un amico; quella dichiarazioni di rifiuto della vita "solo biologica", possano essere considerate alla stregua di una consapevole determinazione volitiva.

A questo punto, il nuovo ricorso in cassazione è obbligatorio: se il rito camerale è quello "spurio", e se il provvedimento emesso all'esito del reclamo è suscettibile di essere impugnato in cassazione, o si presenta ricorso o la decisione passerà in giudicato formale, e con essa la statuizione relativa alla carenza di prova in merito alle direttive anticipate di trattamento sarà irretrattabile.

Ed è questo che porta all'*overruling*.

Il tema della volontà di Eluana, espresso *in nuce* nell'ordinanza del 2005, ritorna con maggiore definitezza e chiarezza nella motivazione di un nuovo intervento della Corte di legittimità; per la Cassazione, dunque, «*chi versa in stato vegetativo permanente è, a tutti gli effetti, persona in senso pieno, che deve essere rispettata e tutelata nei suoi diritti fondamentali, a partire dal diritto alla vita e dal diritto alle prestazioni sanitarie, a maggior ragione perché in condizione di estrema debolezza e non in grado di provvedervi autonomamente*».

L'incapacità di agire non implica la perdita della titolarità dei diritti fondamentali – come sembrava doversi ricavare implicitamente da alcun precedenti interventi di merito – ma impone all'ordinamento giuridico di trovare nuove strade e nuovi modi attraverso i quali l'incapace possa esercitare le prerogative costituzionali, connaturate al suo essere "persona".

E queste strade, e questi modi, laddove il legislatore non sia intervenuto, passano per il processo, e impongono al giudice «*una delicata opera di ricostruzione della regola di giudizio nel quadro dei principi costituzionali [...]*».

Colui che non può autodeterminarsi in fatto, dunque, a causa delle condizioni in cui versa, deve potersi autodeterminare in diritto; il *quomodo* lo troverà il giudice, se non ci ha già pensato il legislatore.

Lo "strumento" è il potere di cura del tutore, che «*deve, innanzitutto, agire nell'esclusivo interesse dell'incapace; e, nella ricerca del best interest, deve decidere non "al posto" dell'incapace né "per" l'incapace, ma "con" l'incapace: quindi, ricostruendo la presunta volontà del paziente incosciente, già adulto prima di cadere in tale stato, tenendo conto dei desideri da lui espressi prima della perdita della coscienza, ovvero inferendo quella volontà dalla sua personalità, dal suo stile di vita, dalle sue inclinazioni, dai suoi valori di riferimento e dalle sue convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche [...]*».

Niente più *non liquet*, allora, dinnanzi alle richieste di Eluana.

4.3 Eluana, però, non ha bisogno solo dei giudici; ha bisogno anche dei medici, disposti a dare esecuzione alla sua volontà, per come è emersa in giudizio e per come risulta ricostruita e provata, ormai, con efficacia di giudicato.

Non a caso il decreto della Corte di Appello di Milano – pronunciato nel giudizio rescissorio di rinvio – ha precisato che *«in accordo con il personale medico e paramedico che attualmente assiste o verrà chiamato ad assistere Eluana, occorrerà fare in modo che l'interruzione del trattamento di alimentazione e idratazione artificiale con sondino nasogastrico, la sospensione dell'erogazione di presidi medici collaterali (antibiotici o antinfiammatori, ecc.) o di altre procedure di assistenza strumentale, avvengano, in hospice o altro luogo di ricovero confacente, ed eventualmente – se ciò sia opportuno ed indicato in fatto dalla miglior pratica della scienza medica – con perdurante somministrazione di quei solo presidi già attualmente utilizzati atti a prevenire o eliminare reazioni neuromuscolari paradosse (come sedativi o antiepilettici) e nel solo dosaggio funzionale a tale scopo»*.

La sospensione dei trattamenti sanitari, dunque, presuppone l'intervento di un medico, e introduce Eluana in una fase terminale della propria esistenza, nella quale il supporto medico è ancora dovuto, anche al fine di evitare sofferenze inutili e dolori atroci.

In questa diversa ottica, allora, se è vero, da un canto, che nessun medico persona fisica può essere costretto a estrarre il sondino nasogastrico, e a procedere con la somministrazione degli altri presidi di accompagnamento, è altrettanto vero, dall'altro, che il nostro ordinamento tutela la salute attraverso l'organizzazione di un servizio sanitario pubblico.

Il diritto alla salute e il principio del consenso informato, difatti, non rilevano solo nei rapporti privatistici – tra Eluana e il tutore, e tra Eluana e i medici –, ma sono espressione di un diritto soggettivo pubblico o diritto sociale, che ha come interlocutori principali gli enti del Servizio Sanitario Nazionale.

Ed è proprio il servizio sanitario pubblico che oppone un ultimo “no” a Eluana, attraverso un provvedimento del Direttore Generale della Direzione Generale della Sanità della Regione Lombardia.

Secondo la Regione Lombardia, il decreto della Corte di Appello di Milano sarebbe ispirato a una visione del diritto alla salute e del concetto di cura divergente rispetto a quella che ispira la legislazione sanitaria.

Le strutture sanitarie – in tesi – sarebbero, difatti, deputate alla presa in carico diagnostico-assistenziale dei pazienti, e in esse, dunque, dovrebbe sempre essere assicurata l'assistenza di base, che si sostanzia nella nutrizione, nell'idratazione e nell'accudimento; il personale sanitario, di conseguenza, violerebbe i propri doveri professionali (oltre la legge penale), laddove

operasse nel senso prospettato dalla Corte di Appello di Milano.

Anche in questo caso, la soluzione offerta dal Consiglio di Stato – dopo un primo annullamento del provvedimento a opera del giudice amministrativo di prime cure – consta di una componente processuale, relativa al riparto della giurisdizione, che incide sulla ricostruzione del diritto sostanziale, e che completa la visione costituzionalmente orientata della prestazione medica cui ha aderito la Corte di Cassazione.

Il Consiglio di Stato afferma, così, la propria giurisdizione etichettando come “obsoleta” la teoria della degradazione, presupposta (per contrasto) nella delineazione della categoria dogmatica dei diritti cc.dd. “assoluti o inaffievolibili o incompimibili”, tra i quali rientrerebbe il diritto costituzionale alla tutela della salute.

Ad avviso del Collegio *«la pretesa natura di “diritto indegradabile” non può rendere nullo, tamquam si non esset, l’esercizio del potere, sì da far affermare che l’Amministrazione, a fronte di esso, agisca senza alcuna prerogativa pubblicistica e solo “nel fatto”, poiché il diritto indegradabile non ha uno statuto “ontologico”, ma implica già un giudizio di valore, un bilanciamento tra gli interessi in gioco, quello, pur fondamentale, fatto valere dal privato e quello tutelato dall’Amministrazione con l’esercizio del potere»*.

In ragione di ciò, l’adozione di un atto amministrativo, espressione del potere di organizzazione del servizio, volto a rigettare la richiesta del tutore, costituendo una *vulnus* alla prerogativa legittimamente esercitata, non esclude il potere giurisdizionale del giudice amministrativo, proprio perché l’amministrazione si oppone al privato in veste di autorità, e non con meri comportamenti materiali o con una mera inerzia.

Le argomentazioni sviluppate per confermare la propria giurisdizione contribuiscono a definire il contenuto stesso del diritto alla salute, e il principio del consenso informato, nella componente pubblicistica e in rapporto all’organizzazione sanitaria pubblica.

Ed è per questo che *«non vi è dubbio, in tale prospettiva, che l’attuazione del diritto alla salute, proprio per la sua peculiare conformazione e anche nella sua forma di libertà negativa dalla cura, passa attraverso la necessaria intermediazione dell’attività prestata dall’amministrazione sanitaria e, quindi, attraverso la doverosità di tale prestazione e il contenuto obbligatorio di questa, non essendo il paziente, anche quello capace di esprimere la sua volontà, in grado di soddisfarlo da sé, senza la obbligatoria collaborazione del Servizio Sanitario Nazionale [...]»*.

5. Le sentenze di merito, che si sono susseguite fino agli interventi della

Cassazione e del Consiglio di Stato, sono accomunate nell'esito, ma spesso divergenti nelle argomentazioni; ciò a causa dell'incertezza (normativa, prima che pretoria) sul significato da attribuire a certi fatti, e a taluni comportamenti.

Sotto questo profilo, pertanto, le sentenze da ultimo analizzate rappresentano un tentativo di fare ordine nella congerie di concetti, spesso sovrapposti, spesso confusi, che hanno ostacolato la soluzione del "caso".

Nell'ottica del processo, si conferma la linea tracciata con la cassazione del 2005; il rito camerale deve essere adattato alle esigenze di tutela dei diritti costituzionali di Eluana, e nel contraddittorio tra tutore e curatore speciale si devono acclarare due fatti: che la condizione clinica di Eluana sia irreversibile e che la decisione di rifiutare le cure sia riconducibile effettivamente alla sua volontà, e non sia una suggestione del tutore, frutto magari del dolore e della frustrazione.

La Corte di legittimità, pertanto, chiarisce, inequivocabilmente, che di fronte a richieste di tutela di diritti fondamentali, il giudice non può astenersi dal decidere, anche qualora manchi una normativa specifica e di settore.

Sebbene non ce ne fosse bisogno, essendo un principio pacifico nel nostro ordinamento, la Cassazione ricorda ai giudici di merito che è loro dovere irretrattabile "ricostruire la regola di giudizio", eventualmente ricorrendo al sistema costituzionale.

Il giudice, dunque, non può astenersi dalla decisione neppure dinanzi alla complessità dei valori in gioco; anzi, il giudice non "può decidere di non decidere", a maggior ragione nei casi connotati da forti implicazioni valoriali, proprio perché la giurisdizione (sia per la tutela dei diritti che quella "volontaria") segue l'evoluzione della società, e non può aspettare i tempi della politica.

Nel merito, il Collegio chiarisce sin da subito gli obiettivi del proprio intervento nomofilattico, volto a dirimere due questioni giuridiche principali: 1) *«[...] se la terapia praticata sul corpo di Eluana, consistente nell'alimentazione e nella idratazione artificiali mediante sondino nasogastrico, possa qualificarsi come una forma di accanimenti terapeutico [...] se e in che limiti, nella situazione data possa essere interrotta quella somministrazione, ove la richiesta al riguardo presentata dal tutore corrisponda alle opinioni a suo tempo espresse da Eliana su situazioni prossime a quella in cui ella stessa è venuta, poi, a trovarsi [...]»*.

E le due questioni principali (almeno dal punto di vista dell'oggetto del processo) danno ansa per affrontarne altre, di estremo rilievo, e che ne sono logicamente e giuridicamente pregiudiziali; tant'è che la motivazione della

sentenza – in alcuni punti, forse, criticabile, e autorevolmente criticata – si pone come una vera e propria “regolazione dei confini” sul diritto alla salute e sul principio del consenso informato, cui contribuisce in maniera determinante anche la giurisprudenza amministrativa.

Questo “il diritto vivente” che ne viene fuori:

A) Non esiste un diritto (del medico) di curare, ma una potestà o facoltà di cura – derivanti dall’abilitazione all’esercizio della professione sanitaria – che possono estrinsecarsi (di regola) solo in presenza di un consenso (informato, attuale, autentico, libero e consapevole) della persona che deve sottoporsi al trattamento.

«Dall’antico paternalismo medico, che vedeva informazione e consenso del paziente rimessi integralmente all’apprezzamento del medico, unico sostanzialmente a sapere e decidere cosa fosse “bene”, in termini curativi, per il paziente, anche la nostra giurisprudenza, dopo un lungo e travagliato percorso, è pervenuta così all’affermazione del moderno principio dell’alleanza terapeutica, snodo decisivo sul piano culturale prima ancor che giuridico, poiché riporta il singolo paziente, la sua volontà, il suo consenso informato e, quindi il singolo paziente quale soggetto e non oggetto di cura al centro del percorso sanitario, nel quale medico e paziente concorrono nella scelta della strategia terapeutica più rispondente alla visione della vita e della salute propria della persona che si sottopone alla cura».

Il fondamento giustificativo dei trattamenti medici, dunque, sta “nell’alleanza terapeutica”, radicata sul “principio del consenso informato”.

B) Il paziente, dunque, ha diritto di autodeterminarsi liberamente; e il diritto all’autodeterminazione non incontra limiti, neanche quando, alla scelta del paziente, consegua il sacrificio della propria vita.

I principi solidaristici che caratterizzano il nostro sistema costituzionale lasciano spazio solo a una “strategia della persuasione”; l’ordinamento giuridico, dunque, deve fare di tutto affinché chi sceglie di vivere, nonostante le proprie condizioni, sia supportato nella propria sofferenza e aiutato nella propria debolezza.

«Il diritto del singolo alla salute [...] implica la tutela del suo risvolto negativo: il diritto di perdere la salute, di ammalarsi, di non curarsi, di vivere le fasi finali della propria esistenza secondo canoni di dignità umana propri dell’interessato, finanche di lasciarsi morire».

Questa dimensione del diritto di autodeterminarsi è conforme al principio personalistico che anima la Costituzione «la quale vede nella persona umana un valore etico in sé; vieta ogni strumentalizzazione della

medesima per alcun fine eteronomo e assorbente; concepisce l'intervento solidaristico e sociale in funzione della persona e del suo sviluppo e non viceversa, e guarda al limite del "rispetto della persona umana" in riferimento al singolo individuo, in qualsiasi momento della sua vita e nell'integralità della sua persona, in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive».

C) Il rifiuto delle terapie medico-chirurgiche, anche quando conduce alla morte, non può essere scambiato per un'ipotesi di eutanasia; quest'ultima, difatti, è un comportamento che abbrevia la vita, causando la morte; il primo è un atteggiamento di scelta, che la malattia faccia il suo corso.

D) Il "potere/dovere di cura" della persona incapace, attribuito al tutore, *«si [sostanzia] nel prestare il consenso informato al trattamento medico, avente come destinatario la persona in stato di incapacità [...]».*

In quest'ottica, superata l'eventuale fase di urgenza, durante la quale l'intervento medico può essere temporaneamente legittimato dallo stato di necessità, deve essere ricreato *«il dualismo dei soggetti del processo di elaborazione della decisione medica: tra medico che deve informare in ordine alla diagnosi e alle possibilità terapeutiche, e paziente che, attraverso il legale rappresentante, possa accettare o rifiutare i trattamenti prospettati».*

E) Il tutore, che esercita una funzione di diritto privato, non ha un diritto incondizionato di disporre della salute della persona in stato di totale e permanente incoscienza; *«ma, al contempo, [...] non può nemmeno trascurare l'idea di dignità della persona dallo stesso rappresentato manifestata, prima di cadere in stato di incapacità [...]».*

La salute, difatti, è un diritto personalissimo, la cui tutela impone un ridimensionamento dell'istituto della rappresentanza legale.

L'esercizio del potere/dovere di cura, e i limiti imposti al potere di rappresentanza, implicano che il tutore sia chiamato a ricostruire *«la presunta volontà del paziente incosciente, già adulto prima di cadere in tale stato, tenendo conto dei desideri da lui espressi prima della perdita della coscienza, ovvero inferendo quella volontà dalla sua personalità, dal suo stile di vita, dalle sue inclinazioni, dai suoi valori di riferimento e dalle sue convinzioni etiche religiose, culturali e filosofiche».*

F) La tutela del diritto alla salute, nei termini come sopra ricostruiti, implica che ciascuno può indicare anche *«attraverso dichiarazioni di volontà anticipate, quali terapie egli avrebbe desiderato ricevere e quali invece avrebbe inteso rifiutare nel caso in cui fosse venuto a trovarsi in uno stato di incoscienza».*

G) L'idratazione e l'alimentazione artificiali con sondino naso-grastrico

costituiscono un trattamento sanitario poiché *«integrano un trattamento che sottende un sapere scientifico, che è posto in essere da medici, anche se poi proseguito da non medici, e consiste nella somministrazione di preparati come composti chimici implicanti procedure tecnologiche»*.

H) Il giudice non può ordinare il distacco del sondino nasogastrico, con una statuizione di condanna, ma può esercitare un controllo di legittimità sulla decisione che esprime la volontà dell'incapace, mediate e ricostruita grazie all'intervento del tutore.

I) Il diritto alla salute, però, nell'accezione qui prospettata, non è solo un diritto soggettivo di valenza privatistica ma ha anche una forte connotazione pubblicistica *«perché può e deve, se lo richiede la sua soddisfazione, trovare adeguata collocazione e necessaria attuazione all'interno del servizio sanitario, non potendo dimenticarsi che la salute, anche nella declinazione personalistica che è venuta ad assumere nel nostro ordinamento, è pur sempre, insieme diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività»*.

Se così non fosse, il diritto alla salute ne risulterebbe “fortemente affermato” ma “debolmente tutelato” perché dinnanzi al rifiuto del medico non vi sarebbe alcuna concreta forma di tutela; resa, al contrario, possibile solo nell'ambito dell'organizzazione sanitaria pubblica, in capo alla quale, dunque, *«sussiste un vero e proprio obbligo di fare, poiché solo mediante la prestazione della struttura sanitaria è possibile che il diritto del paziente, di fronte al rifiuto del singolo medico, trovi attuazione [...]»*.

Per consentire l'attuazione di questo “diritto vivente”, e a causa dell'ostracismo del sistema sanitario pubblico della Regione Lombardia, Eluana è stata trasferita il 2 febbraio del 2009 presso una struttura sanitaria di Udine; dove è deceduta a distanza di tre giorni dall'avvio delle procedure autorizzate.

A quanti chiedevano a Papa Giovanni Paolo II cosa gli desse la forza di continuare nel suo compito pastorale, malgrado le sofferenze crescenti che il suo male gli produceva, pare che egli rispondesse: «Cristo non è sceso dalla croce».

La storia processuale di Eluana ha consentito di chiarire che all'uomo, all'uomo fragile e sofferente, l'ordinamento giuridico non può chiedere di “non scendere dalla croce”.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

A) *Eluana e il giudice ordinario:*

- 1) Trib. Lecco, Decr. 01.03.1999
- 2) Corte d'Appello di Milano, Decr. 26.11.1999
- 3) Trib. Lecc., Decr. 15.07.2002
- 4) Corte d'Appello di Milano, Decr. 17.10.2003
- 5) Corte di Cassazione Sez. I, Ord. 20.04.2005 n.8291
- 6) Trib. Lecco, Decr. 02.02.2006
- 7) Corte d'Appello di Milano, Decr. 16.12.2006
- 8) Corte di Cassazione Sez. I, Sen. 16.10.2007 n.21748
- 9) Corte d'Appello di Milano, Decr. 09.07.2008
- 10) Corte di Cassazione Sez. Un. Civ., Sen. 13.11.2008 n.27145

B) *L'appendice pubblicistica:*

- 1) TAR Lombardia-Milano Sez. III, Sen. 26.01.2009 n.214
- 2) TAR Lazio-Roma Sez. III-quater, Sen. 12.09.2009 n.8650
- 3) Consiglio di Stato Sez. III, Sen. 02.09.2014 n.4460
- 4) TAR Lombardia-Milano Sez. III, Sen. 06.04.2016 n.650
- 5) Trib. Udine, Giud. Ind. Prel., Decreto di archiviazione 26.11.2009
- 6) Corte Costituzionale, Ord. 08.10.2008 n.334

C) *I romanzi letti nell'ambito del progetto:*

- 1) "Accabadora", Michela Murgia, Einaudi, 2009
- 2) "La ballata di Adam Henry", Ian McEwan, Einaudi, 2014
- 3) "Riparare i viventi", Maylis de Kerangal, Feltrinelli, 2015

D) *Sul concetto di morte cerebrale e sullo stato vegetativo permanente:*

- 1) "Soglie", Carlo Alberto Defanti, Bollati Boringhieri, 2007
- 2) "Passaggi. Storia ed evoluzione del concetto di morte cerebrale", a cura di Ignazio Marino, Howard R. Doyle, Giovanni Boniolo, Il pensiero Scientifico Editore, 2012

E) *Giurisprudenza:*

- 1) Corte Cost. Sen. 21.06.1979 n.54
- 2) Corte Cost. Sen. 29.12.1988 n.1146
- 3) Corte Cost. Sen. 22.10.1990 n.471
- 4) Corte Cost. Sen. 23.06.1994 n.258
- 5) Corte Cost. Sen. 27.06.1996 n.223

- 6) Corte Cost. Sen. 10.02.1997 n.35
- 7) Corte Cost. Sen. 26.09.1998 n.347
- 8) Corte Cost. Sen. 23.12.2008 n.438
- 9) Corte di Cassazione Sez. III, Sen. 15.09.2008 n.23676
- 10) Corte di Cassazione Sez. V Pen., Sen. 17.09.2008 n.45801
- 11) Trib. Roma, Ord. 16.12.2006
- 12) Trib. Modena, 13.05.2008
- 13) Trib. Varese, Decr. 25.08.2010

F) Dottrina:

- 1) *Le decisioni di fine vita*, AAVV, a cura di Mirzia Bianca, Giuffr , 2011
- 2) "Sancho Panza in Cassazione, Francesco Gazzoni, in *Diritto di famiglia e delle persone*, n. 1/2008, p. 107 e ss.
- 3) "Consenso informato in medicina e qualit  soggettive del paziente", Francesco Salerno, in *Giur. It.*, 2014, 2, 275
- 4) "Procedimento camerale e impugnazione del pubblico ministero: davvero inammissibile il ricorso per cassazione proposto nel caso Englaro?", Tommaso Ferruccio, in *Famiglia e Diritto*, 2008, 12, p.1085
- 5) "Amministrazione di sostegno pro futuro e direttive anticipate di trattamento sanitario", Maura Tescaro, in *Riv. Dir. Civ.*, 2013, 4, p.11023
- 6) *Risvolti penalistici di una sentenza coraggiosa: il Consiglio di Stato si pronuncia sul caso Englaro*, Elisabetta Palermo Fabris, in *La nuova giur. civ. comm.*, 2015, 1, p.20013
- 6) "Un diritto difficile. Il caso Lambert fra necessit  e rischi", Carlo Casonato, in *Nuova giur. civ.*, 2015, 9, p.20489
- 7) "Il rifiuto delle cure salvavita: la soluzione postuma del "caso Welby", Luigi Sposato, in *www.altalex.it*

La cura della vita nel rapporto medico-paziente

*Maria Franca Tallerico**

SOMMARIO: 1. ETICA, DIRITTI E DIGNITÀ DELLA VITA NEL CONTESTO SOCIALE CONTEMPORANEO. – 2. L'EVOLUZIONE DEL RAPPORTO MEDICO-PAZIENTE. DAL POTERE SOVRANO DEL MEDICO ALLA MEDICINA MECCANICA. – 3. IL PAZIENTE TRA DIGNITÀ E DISUMANIZZAZIONE DELLA MEDICINA. – 4. L'IMPOVERIMENTO DELLA DIGNITÀ MEDICA.

1. Da quando esiste il mondo studiosi e scienziati si sono sempre interrogati sul senso della vita, sul suo valore in genere e sulla vita umana in particolare. Difatti, il dibattito sulla vita è avvenuto o per spiegarne il significato o, addirittura per difenderne il valore inalienabile. È vero, però, che approdare ad una concezione unitaria del senso della vita dell'uomo perde, inevitabilmente, validità alla luce degli attuali cambiamenti sociali, pur se senza un riferimento unitario all'idea di vita e senza un recupero del concetto di natura umana¹, si incorrere in seri rischi per la vita stessa. Nel contesto sociale attuale, l'etica, quale riflessione razionale sui valori e sul dover essere, nasce con la stessa filosofia che riflette l'uomo². Nel corso degli anni l'interesse crescente verso tematiche legate all'uomo ha evidenziato, indubbiamente, la necessità di un confronto diretto con l'orizzonte del *bios*³, di quella vita, cioè, che è oggetto di valutazioni etiche, ma anche di decisioni politiche e giuridiche⁴. Oggi, si vive in una società in cui, la crescente presenza di nuove problematiche inerenti la vita, richiedono una regolamentazione da parte del diritto per evitare che "la vita resta presa e preda, di una politica tesa ad imprigionare la potenza innovativa"⁵. Da ciò, la necessità di ricorrere all'etica, la quale studia il comportamento umano e le 'leggi' a cui esso obbedisce, individuando i comportamenti in atto e quelli che dovrebbero essere attuati per garantire la corretta organizzazione della vita dell'uomo nella società. L'etica è l'attuazione dei principi che guidano il comportamento umano, la doverosa guida delle azioni dell'uomo, ovvero, la regola che riguarda i doveri nei confronti degli altri. Nell'ambito

di tale discussione ad assumere una posizione rilevante nell'odierna società è la bioetica, cioè quella branca dell'etica della vita così come individuata da Potter⁶. Quest'ultima si può concepire come quella parte della filosofia volta a valutare la liceità o meno degli interventi sulla vita dell'uomo⁷. L'uomo, che interviene sulla propria vita e su quella altrui, determinandone i destini, rappresenta quanto c'è di più carico di attualità e di eticità. Ed è sulla base di queste riflessioni che si vuole procedere per affrontare il problema della "cura della vita"⁸, nel momento in cui sono in gioco i valori della nostra civiltà. A fronte di ciò, l'etica cerca di fondare una distinzione giustificatrice del 'lecito' e del 'non lecito'⁹, reclamando il diritto alla vita ed il rispetto alla persona. L'uomo, se da un lato è affascinato dai nuovi scenari che intervengono nei confronti della natura; dall'altro è consapevole che gli effetti di taluni interventi possono incidere sulla composizione più intima della realtà, tale da provocare un'alterazione della stessa identità umana individuale e specifica, con la possibilità che ciò possa mettere in pericolo la sopravvivenza dell'umanità¹⁰. Insomma, interrogarsi sulla liceità degli interventi dell'uomo sulla vita significa interrogarsi sul senso e sul fondamento del valore della vita umana, sui limiti dell'indisponibilità e della disponibilità dell'uomo rispetto alla vita, sui confini della libertà e della responsabilità dell'uomo nei confronti degli altri¹¹. Alla luce di ciò, occorre sottolineare che la legge da sola non può risolvere, di fatto, tali problemi poiché non è l'etica ad essere fondata dalla legge positiva, bensì la legge che deve avere fondazioni e giustificazioni etiche. L'impegno etico, preliminare alla formulazione della legge, si rileva sempre più necessario ed urgente in proporzione diretta con la responsabilità dei cittadini nella formazione di una cultura che sia a fondamento della legislazione e che dia alimento alle esigenze di difesa e promozione della vita e della persona umana¹². Certo, è noto che esistono vuoti legislativi e normativi che, prima di essere colmati, attendono una profonda riflessione etico-culturale. Perché ciò, sia fattibile il diritto deve comprendere che può trovare nell'etica le ragioni ultime della vita di ogni uomo. L'etica, allora, è chiamata a ri-tematizzare la soggettività giuridica umana, mostrando la necessità di tutti i soggetti umani ad un'eguale tutela giuridica¹³. Ciò spiega il perché il rapporto tra diritto¹⁴ ed etica sia inevitabile, soprattutto, se si considera che la fissazione delle regole giuridiche non può avvenire in base a un giudizio di valore, ma facendo attenzione alle istanze che scaturiscono dall'*ethos* comune della società. Non ci si deve limitare ad invocare una legge, ma bisogna promuovere l'emanazione di leggi giuste e legittime, di decisioni giudiziali

ragionevoli e corrispondenti al senso della giuridicità. Ed è per questo che i numerosi problemi bioetici esigono un'adeguata regolamentazione giuridica, sia a livello nazionale e sia livello internazionale. L'uomo è titolare di diritti inviolabili e la loro inviolabilità consiste nella necessità che essi si incarnino in un dato normativo, e con ciò immersi nel tempo e nello spazio della contemporaneità¹⁵. Al di là, comunque, di dette considerazioni, resta il fatto che l'art. 2 della Costituzione italiana richiama la personalità dell'uomo per garantirne il rispetto e lo sviluppo sia come singolo che nelle formazioni sociali, riconoscendolo come valore sottratto alla possibilità di condizionamenti. Ed è proprio assumendo come oggetto privilegiato la vita, che nel preambolo della "Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo", si evidenzia come "il riconoscimento della dignità inerente a tutti i membri della famiglia umana costituisce il fondamento della libertà, della giustizia e della pace del mondo". L'enorme rilevanza sociale delle questioni affrontate dall'etica rende necessaria, dunque, l'adozione di dispositivi legislativi che le disciplinano con chiarezza. Il nodo critico, oggi, però, è dato dalle modalità con le quali recuperare certi valori per porli alla base della produzione normativa. In tal senso, bisogna che l'uomo ritrovi il diritto nella concretezza del suo vissuto, ossia delinea quelle condizioni minime ed irrinunciabili che il diritto dovrebbe assicurare per garantire il rispetto della dignità dell'uomo. Il riferimento alla dignità dell'uomo è determinante per il buon sviluppo della società e la tutela dei diritti dell'uomo¹⁶. Il paradosso epocale che infiamma il dibattito sull'essere umano è segnato dal fatto che il nostro tempo non risulta essere ancora pronto per comprendere sino in fondo il reale portato del concetto di vita. Non a caso, la dignità umana¹⁷ è assunta in etica come punto di riferimento critico per distinguere tra pratiche accettabili e non accettabili. Ogni persona umana ha un'intrinseca dignità che deve essere rispettata ed in nessun modo violata, anche quando tale individuo può non essere pienamente capace di sé¹⁸. Partendo, dunque, da un approccio etico, ci si sforza di comprendere se i comportamenti umani appaiono o meno conformi alla natura e alla dignità dell'uomo. L'idea moderna di dignità umana¹⁹ che ci vieta, in sostanza, di ridurre la persona a cosa, non ci consente di accettare situazioni in cui tale dignità viene lesa offendendo, così, l'uomo nel rispetto di se stesso. Di fronte a questa realtà, quanto, realmente, il diritto nel rispetto dei principi etici, tutela l'uomo e la sua dignità? Una domanda quest'ultima, a cui non si riesce, ancora oggi a dare una risposta, considerate le molteplici questioni che la dignità solleva²⁰.

Questioni che diventano ancora più pressanti quando ci troviamo dinanzi a situazioni particolarmente difficili e complesse quale ad esempio il rapporto tra medico e paziente.

2. L'esercizio medico presuppone il riconoscimento al medico del potere di curare; nel tempo, tuttavia, questo potere ha cambiato forma ed espressioni. Rodrigo de Castro, medico del XVII sec., nel suo trattato *Medicus politicus* (1614) afferma che: *"come il sovrano governa lo Stato e Dio governa il mondo, il medico governa il corpo umano"*²¹. Si tratta di un potere assoluto, in cui chi sta in posizione dominante determina in modo autoreferenziale quello che è autorizzato a fare a beneficio di chi sta in posizione dominata²². Il medico stabilisce la diagnosi, indica l'opportuna terapia e la esegue senza bisogno di informare il malato e senza necessità di ottenere un serio consenso se non quello fiduciario. Il fondamento filosofico dell'etica medica si basa sulla natura del rapporto medico-paziente, intesa come quella particolare relazione che si instaura tra un medico ed un paziente a partire da uno stato di malattia di quest'ultimo, caratterizzata da specifici doveri e diritti morali e giuridici²³. Il rapporto medico-paziente è stato rappresentato, già a partire dal Giuramento di Ippocrate, da un'etica medica paternalistica, vale a dire da una concezione etica che prescrive di agire, o di omettere di agire, per il bene di una persona senza che sia necessario chiedere il suo assenso, in quanto si ritiene che colui che esercita la condotta paternalistica abbia la competenza tecnica necessaria per decidere in favore e per conto del beneficiario. Il fondamento della medicina ippocratica è la visione globale della struttura psicofisica dell'individuo e del suo ambiente di vita. Qualsiasi terapia non deve limitarsi a curare i sintomi, ma deve aiutare il malato ad utilizzare le forze naturali che ha in sé per ricostituire il giusto equilibrio che porta alla guarigione. Considerato da questa prospettiva il rapporto è fortemente asimmetrico, poiché il paziente viene ritenuto non solo privo di conoscenza tecnica, ma anche incapace di decidere moralmente. Questo modello, che costituiva la spina dorsale dell'etica medica in vigore in Occidente per venticinque secoli, nel tempo ha iniziato ad essere considerato intrinsecamente difettoso in quanto lesivo del diritto individuale all'autodeterminazione. Secondo il modello ippocratico la buona medicina poteva\doveva interrogarsi se le decisioni prese in scienza e coscienza fossero giustificate dalle conoscenze mediche e se fossero, realmente, orientate al migliore interesse del malato; ma non richiedeva al medico di includere le preferenze del paziente tra gli elementi che determinavano le

decisioni. La volontà²⁴ stessa del paziente era, al limite, irrilevante, qualora il medico fosse in grado di far valere il suo punto di vista, cui veniva riconosciuto il peso della competenza professionale. La professione medica indica un particolare tipo di occupazione che gode di una posizione di privilegio, di grande prestigio e del diritto esclusivo di mettere in pratica un complesso di conoscenze e di abilità. Il medico autoritario è quello convinto che basta dire al paziente cosa deve fare, forte delle sue conoscenze scientifiche e della sua posizione, negando la possibilità a quest'ultimo di interferire. Il medico autoritario non ascolta il malato, ma cerca di inchiodarlo in maniera logica nella sua posizione illogica²⁵. E' anche vero che nessun "essere umano ragionevole del mondo" può negare un ordinamento che ha al suo vertice quel rispetto di se stessi, nel quale tutti i soggetti sono uguali²⁶. Tali fattori hanno determinato nel corso dei secoli una crisi profonda della medicina ippocratica, dando, così, ampio spazio ad una medicina sempre più scientifica. Si è sviluppata la bio-ingegneria, che inserisce nel rapporto medico-paziente la macchina, come strumento preciso ed affidabile di diagnosi e terapia²⁷. La modernizzazione della medicina, avvenuta negli ultimi decenni, ha definitivamente, messo in crisi il modello tradizionale del potere medico. Il passaggio dal metodo soggettivo (dal letto del malato) al metodo oggettivo (laboratorio e crescente tecnologia medica), diventa preponderante nella prima metà del Novecento, quando la medicina diviene sempre più una biomedicina che fonda la sua prassi ed il suo sapere scientifico, non più solo sulle scienze fisiche e chimiche, ma soprattutto sulle crescenti conoscenze delle scienze biologiche. Le radici del cambiamento di paradigma affondano nella rivendicazione di un potere di autodeterminazione da parte dell'individuo sulle decisioni che riguardano il suo corpo. Per lungo tempo il medico ha peccato di arroganza credendo di poter correggere le distorsioni; di superbia ritenendo di conoscere le cause del dolore e di sapere come domarlo; di vanità nel considerarsi indispensabile finendo, così, con l'utilizzare il paziente per le proprie frustrazioni²⁸. Al modello ippocratico si è sostituito un modello di relazione che pone al centro il principio etico del rispetto dell'autonomia del paziente ovvero: il modello etico contrattuale. In tal modo, la relazione medico-paziente viene descritta come una relazione simmetrica i cui contraenti, autonomi, uguali ed aventi il medesimo potere di negoziazione, sottoscrivono liberamente un patto. Il problema su cui è necessario, sottolinea la Helzel, focalizzare l'attenzione consiste nel fatto che, se per un verso il modello paternalistico ha annullato ogni diritto di

autodeterminazione del paziente, è anche vero che, per altro verso, il modello contrattualistico ha finito con il de-responsabilizzare il medico, spersonalizzando e rendendo asettico lo stesso rapporto medico-paziente²⁹. Sia il medico che il paziente devono assumere un comportamento che si attenga sempre al rispetto del principio di autonomia ed in alcuni casi è preferibile che il loro comportamento sia il frutto di un bilanciamento tra principi aventi una pari dignità. Quello che si è venuto ad instaurare è un rapporto, in cui il paziente si è trasformato in un cliente richiedente prestazioni ed il medico in un soggetto sovraesposto a tali richieste, non sempre corrispondenti ai bisogni reali, quanto piuttosto ai desideri del paziente³⁰. Nell'epoca in cui viviamo si è costretti a fare un passo indietro e ritornare, avverte la Helzel, alla questione relativa al dover essere dell'uomo. In tale contesto, tutto lascia presagire che si tratti di un progresso indefinito ascendente, in base al quale ciò che segue è superiore a ciò che lo precede, è un dato di fatto incontestabile. L'uomo finisce, così, per essere l'oggetto della stessa tecnica con la pretesa di trasformare se stesso e la natura. La capacità di creare un rapporto di fiducia da parte del medico ed, allo stesso tempo, la capacità di essere empatici può trasformarsi in una medicina capace di lenire, senza effetti collaterali, dolore, senso di malessere e stress. La medicina di oggi invece è sempre più scientifica e tecnologica e di conseguenza sempre più impersonale³¹. Il tradizionale motto "tratta il paziente come persona" risulta, sovente, nella realtà solo un *clichè*, piuttosto che un principio realmente sentito. È necessario, di conseguenza fissare un confine etico in grado di contenere i danni causati dal progresso tecnologico³², occorre, cioè, definire meglio i principi della dignità umana, pur continuando a cogliere i frutti che la tecnologia medica produce, riuscendo nel contempo ad adoperare la scienza per l'uomo e non contro l'uomo. Detto ciò, è l'etica che va a valutare le azioni umane sulla base del loro valore, vale a dire per la loro capacità di migliorare la qualità dell'esistenza umana, sia per chi le compie, che per chi ne subisce gli effetti. L'art. 38 del Codice deontologico approvato il 16 dicembre del 2006 stabilisce, infatti, che il medico deve attenersi, nell'ambito dell'autonomia e indipendenza che caratterizza la professione, alla volontà liberamente espressa dalla persona di curarsi e deve agire nel rispetto della dignità, della libertà e autonomia. Tra medico e paziente si instaura sempre una relazione di tipo contrattuale che postuli l'indefettibile e preventiva acquisizione del consenso informato del paziente. I progressi nell'ambito della medicina hanno mostrato situazioni di conflitto che non si verificano soltanto nelle

situazioni estreme, ma sono frequenti nella vita di tutti i giorni, poiché il ruolo del paziente diventa sempre più attivo, considerato che solo a quest'ultimo spetta formulare quelle indicazioni che, integrandosi con quelle strettamente scientifiche elaborate dal medico, consentono di giungere ad una scelta concreta di trattamento³³. La tecnica moderna ha introdotto azioni, oggetti e conseguenze così nuove che l'ambito dell'etica tradizionale non è più in grado di abbracciarli³⁴. È da qui che nasce l'esigenza di valutare la qualità delle azioni degli uomini in una società bio-scientifica, oltre alla loro ricaduta nel tessuto sociale. Tale compito è, indubbiamente, difficile, ma è sollecitato da una rinascite sensibilità verso i valori più profondi. La medicina moderna, per troppo tempo ha immaginato la natura del corpo organico non come qualcosa di animato, ma come materia inattiva in movimento. Tale riduzionismo ha conferito agli uomini poteri enormi, rimettendo in causa la visione dell'essere umano come creatura portatrice di dignità. In questo senso, qualsiasi terapia non deve limitarsi a curare i sintomi, ma deve aiutare il malato ad utilizzare le forze che ha in sé per ricostruire il giusto equilibrio che porti alla guarigione ed al rispetto della dignità del paziente.

3. La modernizzazione della medicina, avvenuta negli ultimi decenni del XX sec., ha messo in crisi il modello tradizionale del potere medico ed il medico è tenuto a rispettare i diritti del paziente e le norme deontologiche. La questione del rispetto della dignità è centrale nell'analisi del rapporto tra medici e pazienti tant'è che la Corte Costituzionale italiana, nella Sentenza n. 293 del 2000, ha affermato che: *"quello della dignità della persona umana è un valore costituzionale che permea di sé il diritto positivo"*. La dignità dell'uomo³⁵, in quanto valore in sé che non può essere sostituito da nulla, si distingue per il fatto di dovere questa prerogativa al necessario riconoscimento da parte di tutti quelli che di essa partecipano. La malattia e la relazione di cura riguardano una condizione che attraversa ogni percorso esistenziale. Il progresso tecnologico-scientifico, ha favorito enormemente, alle soglie del terzo millennio, la medicina rendendola più agevole, sia nelle diagnosi che nella terapia di molte malattie impoverendola, però, di valore umano. Da qui l'attuale crisi del rapporto medico-paziente. Sia il medico che il paziente devono assumere un comportamento che si attenga sempre al rispetto del principio di autonomia e in alcuni casi è preferibile che il loro comportamento sia il frutto di un bilanciamento tra principi aventi una pari dignità. Oggi è un sentire comune che si è perso

qualcosa di quel rapporto di fiducia che un tempo caratterizzava l'incontro tra il medico e il paziente. Ci troviamo nella situazione paradossale di un progresso tecnologico-scientifico che ha favorito enormemente la diagnosi e la terapia di molte malattie, d'altra parte, mai come ora, è in crisi il rapporto medico-paziente, in cui l'uomo si è progressivamente annullato e la tecnica ha preso il sopravvento sul rapporto interpersonale³⁶. In altre parole, il progresso tecnologico ha portato con sé il distacco del medico dal malato, e viceversa, oltre alla disumanizzazione della medicina. La medicina è un insieme armonico di tecnologia e antropologia medica, dove accanto all'applicazione delle scienze di base deve sussistere, con pari dignità, il rapporto interumano tra medico e paziente. Certamente sono numerose le cause di questa innegabile e desolante realtà, la crisi del rapporto medico-malato, che "nell'attuale conduzione burocratica dell'assistenza sanitaria ha perduto le qualità essenziali del rapporto tradizionale trasformandosi da relazione interpersonale a relazione impersonale"³⁷. Il medico ha vissuto, così, l'impoverimento delle sue capacità diagnostiche mentre il paziente ha perduto la sua individualità e la sua connotazione umana. In questo scenario la medicina appare trascinata in una deriva scienziata, in cui rischiano di prevalere gli aspetti puramente produttivi, legati cioè a quel totalitarismo tecnologico, che è conseguenza della perdita, da parte della medicina, dei suoi fondamenti filosofici ed etici³⁸. La medicina super tecnologica e il conseguente approccio riduzionistico alla malattia, limitandosi ad osservare frammenti di umanità, non colgono l'interiorità irripetibile di ogni essere umano: il soggetto malato, spogliato delle sue note individuali, viene oggettivato in un'entità clinica che rassomiglia più ad una tabella numerica che ad una esperienza esistenziale. Nel rapporto medico paziente il rispetto della dignità del malato implica nei confronti di quest'ultimo la massima attitudine di cura per la salute del suo corpo. Il fondamento etico-giuridico del principio di dignità consente di ritenere che non esiste nessuna ragione per la quale questi deve essere privato del suo diritto di mantenere il controllo sugli interventi che subisce il suo corpo. Il passato e il presente sono in rotta di collisione³⁹. Il conflitto che si delinea sta scuotendo equilibri secolari nell'ambito dell'etica che regola la medicina: i valori etici che sono stati veicolati dalla concezione sacrale e da quella libero-professionale devono confrontarsi oggi con una società in cui non vi è più, da una parte, una persona che in forza della sua dedizione è vincolata da obblighi quasi unilaterali, come l'impegno a orientarsi a fare il bene del malato anche contro il proprio interesse, e, dall'altra, non esiste

più un malato, visto unicamente sotto l'aspetto del suo stato fragile e di bisogno. Il medico ha di fronte un altro individuo, con il quale entra in un rapporto di responsabilità condivisa, che assomiglia sempre di più alla responsabilità debole, cioè a quella giuridica. Il contesto sociale generale e l'organizzazione dei servizi sanitari influenzano il rapporto medico-paziente in maniera di gran lunga superiore a quanto la retorica lascia credere. L'assunto implicito era che l'unico "padrone" del medico è il paziente; chi esercita la medicina esclude programmaticamente dal proprio orizzonte ogni considerazione che non sia il bene del malato, al quale si sente obbligato in modo esclusivo. All'interno della pratica medica sono state introdotte logiche di tipo amministrativo e contabile del tutto inusuali in medicina. E il malato, da utente dei servizi, è divenuto un "cliente" da soddisfare, secondo logiche di mercato⁴⁰. È come dire che il modello tradizionale di rapporto, che vedeva nel malato solo un paziente bisognoso di cure – decise dal medico "in scienza e coscienza" – cede il posto a una concezione che rivendica per il "cliente" la possibilità di valutare se il servizio ricevuto risponde o no alle sue aspettative. La pratica medica contemporanea deve confrontarsi con le preferenze personali e con l'autodeterminazione dei pazienti, mettendo in discussione l'autoreferenzialità di coloro che praticano la medicina. Il medico diventa, così, strumento che tende a far sentire le persone colpevoli dei mali che le colpiscono. I rapporti tra medici e pazienti diventano particolarmente problematici quando si trovano a confronto mondi etici nei quali determinati comportamenti hanno un diverso segno morale, che può arrivare fino alla più netta contrapposizione. L'apporto della ricerca è quello di dare uno sfondo antropologico-culturale ai problemi del consenso informato⁴¹, che evidenzia la frattura tra i diversi modi di praticare la medicina e le giustificazioni teoriche che vengono offerte dei comportamenti. Si osserva un'insoddisfazione diffusa nei confronti della comunicazione⁴² che si instaura nelle situazioni, ancora relativamente frequenti, in cui non si rivela la diagnosi: diversi pazienti hanno l'impressione che la mancanza di informazione significa non riconoscerli come persone⁴³; che fornire loro una diagnosi diversa da quella reale significa mentire o organizzare una congiura del silenzio; la protezione è vissuta come oppressione, potere, atteggiamento difensivo. I progressi nell'ambito della medicina hanno fatto emergere situazioni di conflitto che non si verificano soltanto nelle situazioni estreme, ma sono frequenti nella vita di tutti i giorni: apparteniamo per scelta a mondi morali diversi⁴⁴, che sono trasversali

rispetto alle grandi divisioni che passano per la religione o per le ideologie. Se manca la libertà del soggetto, l'individuo sarà schiavo e privo della libertà dell'essere biologico analizzabile. Le diversità si iscrivono dentro la nostra cultura, che valorizza i diritti della persona e l'autonomia dell'individuo nelle scelte che lo riguardano. Una delle interazioni umane più complesse e particolari è rappresentata, come più volte abbiamo ribadito, dalla relazione medico-paziente perché porta due individui, alla condivisione di informazioni personali, al contatto fisico, alla diagnosi e alla prescrizione del trattamento terapeutico. Come spesso avviene il buon senso, è avulso dalla realtà, perché per quanto possa sembrare strano, il progresso della ricerca e della tecnologia scientifica⁴⁵ ha comportato la nascita del sintomo dell'insoddisfazione nel paziente per un approccio medico poco vicino alla persona. In altre parole, l'uso sempre più diffuso di sofisticati strumenti per la diagnosi ha determinato una drastica riduzione del tempo dedicato all'ascolto delle storie della malattia e al contatto fisico con il paziente⁴⁶. Altre volte, invece, il medico teme che un eccessivo coinvolgimento emotivo con il paziente offuschi le sue capacità decisionali e interferisca con il processo di cura e diagnosi. La relazione medico-paziente viene vista come elemento costitutivo della nostra umanità; ma talvolta accade che, il paziente non sia messo al centro dell'attenzione ma abbandonato al suo destino e destituito di tutela, in quanto i medici curano la malattia e non il suo corpo o la sua *psiche*. Tutto ciò, quindi, spiega come oggi medico e paziente sono tra loro opposti. Si cerca di tutelare ed equilibrare tale rapporto, in modo da evitare che i diritti del malato possano essere affermati solo in teoria e negati nella pratica, mediante il Codice di deontologia medica⁴⁷, nel quale si identificano le regole ispirate ai principi di etica medica. In detto Codice, viene riconosciuta la centralità e il rispetto della dignità umana. Ovvero il Codice impegna il medico nella tutela della salute dell'uomo, individuando, nella scienza e nella coscienza il binomio di riferimento sul quale articolare il corretto esercizio professionale ed il rispetto della dignità umana⁴⁸.

4. Col progresso della medicina, individuare in concreto a quali itinerari diagnostici sottoporsi e quale strategia terapeutica prediligere non solo diventa sempre più complesso, ma esige la ponderazione di una molteplicità di elementi valutativi che non sempre sono di stretta competenza medica. La storia della medicina è ricca di figure di medici la cui identità professionale era fortemente connotata da valori di umanitarismo,

di filantropia, di impegno etico-sociale⁴⁹. La professione della medicina è necessariamente deontologica grazie ad un imperativo sociale e specifico: la società concede ai medici la potestà di regolare l'esercizio della medicina. Quest'ultima ha sempre avuto due aspetti conoscitivi uno scientifico e l'altro clinico; e come Aristotele nell'antica Grecia aveva già enunciato, è scienza ed arte. Scienza come conoscenza organizzata di tutte le circostanze relative alla salute dell'uomo. Arte in quanto capacità di applicare tale conoscenza alla cura della malattia. Il medico è tenuto, circa la propria responsabilità personale⁵⁰, ad espletare la propria attività sanitaria secondo canoni di diligenza e perizia scientifica in quanto, l'omissione di tale attività, in assenza di altri fattori alternativi, può ritenere responsabile il medico poiché produttore di eventi per la salute del paziente. Allora, il vincolo che lega il medico al paziente è semplicemente l'obbligo di cura imposto dalla deontologia professionale in capo al sanitario. In questa prospettiva, si ammette che le obbligazioni possano sorgere da rapporti contrattuali di fatto, nei casi in cui taluni soggetti entrano in contatto, senza che tale contratto riproduca le note ipotesi negoziali, e pur tuttavia ad esse si ricollegano obblighi di comportamento di varia natura. Il rapporto comunicativo in medicina ha assunto un ruolo essenziale, in quanto non è possibile intervenire sull'uomo senza dover al tempo comunicare con lui. Naturalmente, non tutti i medici sono portati a saper comunicare con il paziente⁵¹. Il malato, spesso è disorientato, tocca allora al medico riuscire a capire quale tra i problemi messi sul tappeto è quello realmente prioritario e orientare su quello l'attenzione e le risposte del malato. Da quanto detto si può desumere come il vero compito del medico, sia, in certo senso, quello di fare emergere il ruolo del paziente, il suo mondo, i suoi problemi. La capacità cioè di creare un rapporto di fiducia da parte del medico e allo stesso tempo la capacità di essere empatici, tali da trasformarsi in una medicina capace di lenire il dolore ed il senso di malessere. Il paziente è portatore di una sofferenza della quale non comprende le cause, mentre il medico è il tecnico, possessore di spazi privilegiati di osservazioni e depositario di un sapere sul quale basa il suo lavoro. L'opinione pubblica contemporanea non ha più nei confronti della medicina l'atteggiamento di spontanea fiducia che ha caratterizzato la cultura ottocentesca e quelle della prima metà del Novecento. In questo contesto, anche Jonas afferma che, la medicina moderna con l'introduzione di azioni e strumenti nuovi ha preteso di disporre dell'inizio così come della fine della vita dell'uomo manipolando la natura con il fine di dominarla. Da ciò, il medico ha

vissuto, così, l'impoverimento delle sue capacità diagnostiche, mentre il malato ha perduto la sua individualità e la sua connotazione umana⁵². La dignità della professione medica, in tale modo, ha finito con il pagare un pesante onere. Da quanto sin qui esposto emerge una realtà di paura, angoscia e solitudine del malato⁵³ di fronte la tecnologia, oltre ad una sempre più crescente estraneità fra chi utilizza la macchina e chi è scrutato dalla macchina.

NOTE

^{1*} Avvocato del Foro di Cosenza.

Cfr., U. VERGARI, *Governare la vita tra biopotere e biopolitica*, Gruppo Editoriale Tangram, Lecce 2010, p. 41.

² G. RUSSO, *Enciclopedia di bioetica e sessuologia*, CIC Editore, Roma 2004, pp. 327- 329.

³ Cfr., E. SGRECCIA, *Manuale di Bioetica*, Ed. Vita e Pensiero, Milano 2012.

⁴ P. PERLINGIERI, *La persona e i suoi diritti*, ESI, Napoli, 2005.

⁵ R. ESPOSITO, *Bios. Biopolitica e filosofia*, Einuditi Editore, Torino, 2004 p. 25.

⁶ Cfr., V. R. POTTER, *Bioetica ponte verso il futuro* (1971), trad. it. Sicania, Messina 2000.

⁷ A. ARAMINI, *Introduzione alla bioetica*, Giuffrè, Milano 2009.

⁸ I. LIZZOLA, *Aver cura della vita*, Feltrinelli, Milano 2002.

⁹ L. PALAZZANI - E. SGRECCIA, *Il dibattito attuale sulla fondazione etica in bioetica*, in "Medicina e Morale", n. 5, 1992, pp. 847-870.

¹⁰ G. P. CALABRO' - P. B. HELZEL, *Il sistema dei diritti e dei doveri*, Giappichelli, Torino 2007.

¹¹ Cfr., E. AGAZZI, *Il bene, il male e la scienza*, Rusconi, Milano 1992.

¹² F. P. CASAVOLA, *I diritti umani*, CEDAM, Padova 1997.

¹³ F. D. BUSNELLI, *Bioetica e diritto privato. Frammenti di un dizionario*, Giappichelli, Torino 2001, p. 35.

¹⁴ Cfr., F. D'AGOSTINO, *Bioetica*, Giappichelli, Torino, 1998, p. 116. Così si esprime l'autore « il diritto come [...] garanzia della coesistenza, come sistema di coordinamento delle azioni, come amministrazione della giustizia, il sistema del diritto possiede nell'innocenza il proprio presupposto, la propria stella polare, il proprio baricentro, inoltre il diritto ha in generale il dovere di intervenire ogni qual volta l'equilibrio relazionale venga turbato, sconvolto, violentato: ogni qual volta che le spettanze di un soggetto debole vengano indebitamente minacciate o travolte dalle spettanze di un soggetto forte».

¹⁵ G. P. CALABRO', *La galassia dei diritti*, Marco Editore, Lungro-Cosenza 2001, p. 58. In tal senso, P. CALABRO' - P. B. HELZEL, *Il sistema dei diritti e dei doveri*, Giappichelli, Torino 2007.

¹⁶ Cfr., P. B. HELZEL, *La nozione di responsabilità baricentro tra etica, diritto e politica*, in G.P. CALABRO' (a cura), *La nozione di responsabilità: teoria e prassi*, CEDAM, Padova 2010.

¹⁷ F. D'AGOSTINO, *Bioetica nozioni fondamentali*, La Nuova Scuola, Brescia 2007. D'AGOSTINO F., *La dignità umana, tema bioetico*, in P. CATTORINI - E. D' ORAZIO - V. POCAR (a cura di), *Bioetiche in dialogo, La dignità della vita umana, l'autonomia dell'individui*, Zadig, Milano 1999.

¹⁸ A. BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in M. PALMA - S. ANASTASIA (a cura), *La bilancia e la misura*, Franco Angeli, Milano 2001.

¹⁹ F. BACONE, *La dignità del progresso del sapere divino e umano*, in ID., *Scritti di filosofia*, trad. it., UTET, Torino 1975.

²⁰ Cfr., P. B. HELZEL, *L'operato del medico tra dovere e responsabilità*, in V. FERRARI,

W. TŁOKIŃSKI, D. E. ZAMMIT (a cura), *Responsabilità medica ed organizzazione sanitaria. Profili etico – giuridici e gestionali*, Aracne, Roma 2014, pp.15-38.

²¹ U. VERONESI, P. MARIOTTI, *Responsabilità sanitaria e medicina difensiva*, Maggiori Editore, Milano 2013.

²² Cfr., P.B. HELZEL, *Il rapporto medico – paziente tra principi etici e norme giuridiche*, in “Le Corti Calabresi”, n.1, 2007.

²³ Cfr., E. SGRECCIA, *Fondamenti di Bioetica. Sviluppo storico e metodo*, San Paolo, Torino 1993.

²⁴ P. MORO, *I diritti fondamentali del paziente e il problema della volontà*, in F. ZANUSO (a cura), *Il filo delle parche: opinioni comuni e valori condivisi nel dibattito biogiuridico*, Franco Angeli, Milano 2011, p. 153.

²⁵ S. SPINSANTI, *Chi ha potere sul mio corpo? Nuovi rapporti tra medico e paziente*, Paoline, Milano 1999.

²⁶ Cfr., A. SERGIO, *Libertà responsabile della ricerca*, Aracne Editrice, Roma 2010, p. 193.

²⁷ K. JASPERS, *Il medico nell'età della tecnica* (1986), trad. it., Raffaello Cortina Editore, Milano 1991.

²⁸ R. CANESTRARI, *Il dovere del medico*, in “Intersezioni”, n. 3, 2013, p. 518.

²⁹ P. B. HELZEL, *Dalla medicina ippocratica alla medicina a contratto: il consenso informato*, in “Dike kai nomos”, 2012, Vol. 2, p. 57.

³⁰ P. B. HELZEL, *L'operato del medico tra dovere e responsabilità*, in V. FERRARI – W. TŁOKIŃSKI – D. E. ZAMMIT (A CURA), *RESPONSABILITÀ MEDICA ED ORGANIZZAZIONE SANITARIA. PROFILI ETICO-GIURIDICI E GESTIONALI*, ARACNE, ROMA 2014, PP. 15-38.

³¹ Cfr., P. B. HELZEL, *La ricerca dell'identità nell'era della comunicazione globale*, in R. E. ZAFFONI – M. CATERINI (a cura), *La sovranità mediatica. Una riflessione tra etica, diritto ed economia*, cit., p. 23, ciò in considerazione del fatto che «oggi non interessa comunicare nel senso classico del termine, ovvero mettere in contatto le persone tra loro, quanto piuttosto l'efficacia della comunicazione, ossia la rapidità del sistema che mette in atto la comunicazione».

³² In merito commenta P. B. HELZEL, *L'ambiente. Un diritto un dovere per l'umanità* in P. B. HELZEL – A. SERGIO (a cura), *La bioetica come ponte tra società e innovazione*, Aracne Editrice, 2016, p. 17. « Assistiamo, così, al trapasso dalla signoria dell'uomo alla signoria della tecnica, con la conseguenza che, in questo modo, la tecnica diviene il destino dell'uomo, nel senso che l'uomo non può sottrarsi in alcun modo, poiché è lei ora a predisporre la qualità e la direzione depotenziandolo[...]»

³³ G. COSMACINI, *Storia della medicina e della sanità in Italia. Dalla peste nera ai nostri giorni*, Laterza, Bari-Roma 2005.

³⁴ G. PIANA, *Bioetica tra scienze e morale*, UTET, Torino 2007, p. 81.

³⁵ G. P. C. ALABRO', *Valori supremi e legalità costituzionale*, Giappichelli, Torino 1999.

³⁶ S. BACCETTI, *La comunicazione interculturale in sanità*, Centro Scientifico Editore, Torino 2001.

³⁷ F. F. CASSON, *Dignità della professione medica*, Feder. Med., XXXVII, 936, 1984.

³⁸ Cfr., CICERONE, *L'arte di comunicare*, Mondadori, Milano 2007.

³⁹ Cfr., S. SPINSANTI, *Chi decide in medicina? Dal consenso informato alla decisione consensuale*, Zedigroma Editore, Roma 2002.

⁴⁰ Cfr., P. MOROSINI, F. PERRARO, *Enciclopedia della gestione di qualità in sanità*,

Centro Scientifico Editore, Torino 1999.

⁴¹ L. R. DE FRANCO, *L'alleanza tra medico e paziente*, Aracne Editrice, Roma 2016.

⁴² M. DE TILLA – L. MILITERNI – U. VERONESI, *La parola al paziente*, Sperling & Kupfer, Trento 2008.

⁴³ A. SANTOSUOSSO, *Il consenso informato. Tra giustificazione per il medico e diritto del paziente*, Editore Cortina Raffaello, Milano 1996.

⁴⁴ R. MARGOTTA, *Medicina nei secoli*, Mondadori, Milano 1967.

⁴⁵ Per un ulteriore approfondimento sull'argomento rinvio a P. B. HELZEL, *La bioetica come ponte tra società e innovazione*. Aracne Editrice 2016, p.13-16 « Questo significa che l'uomo e tecnica sono legati tra loro da un rapporto di natura simbiotica che ha dato in passato ad entrambi enormi vantaggi, ma che, nonostante ciò, ha in se, connaturato il problema della sproporzionata velocità dello sviluppo tecnico a cui non tiene sempre il passo la naturale capacità di adattamento dell'uomo».

⁴⁶ Cfr., R. MILANESE e S. MILANESE, *Il tocco, il rimedio, la parola. La comunicazione tra medico paziente come strumento terapeutico*, Adriano Salani Editore, Milano 2015.

⁴⁷ In merito s.v. P. B. HELZEL, *Deontologia ed etica*, in G. P. CALABRO' – O. MORCAVALLO (a cura), *La deontologia forense alla luce del nuovo codice*, CEDEM, Padova 2015.

⁴⁸ R. ESPOSITO, *Persona e vita umana*, Enciclopedia Giuridica - Ist. della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani, ed. 2009.

⁴⁹ F. BACONE, *La dignità e il progresso del sapere divino e umano* in ID., *Scritti filosofici*, trad. it., UTET, Torino 1975.

⁵⁰ Cfr., H. JONAS, *Il principio di responsabilità*, trad. it., Einaudi, Torino 1990, p. 29.

⁵¹ Cfr., P. B. HELZEL, *La ricerca dell'identità nell'era della comunicazione globale*, in E. R. ZAFFARONI - M. CATERINI (a cura), *La sovranità mediatica*, cit. CEDEM, Padova, 2014.

⁵² M. DE TILLA – L. MILITERNI – U. VERONESI, *La parola al paziente*, Sperling & Kupfer, Trento 2008

⁵³ F. SARTORI, *Ammalarsi, capire*, in P. BARNARD (a cura), *Dall'altra parte*, BUR, Milano 2006, p. 262.

